



# Asamblea General

Distr. limitada  
19 de febrero de 2024  
Español  
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para el  
Derecho Mercantil Internacional**  
**Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia)**  
**64º período de sesiones**  
Nueva York, 13 a 17 de mayo de 2024

## 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 .....	3
Capítulo I. Disposiciones generales .....	3
A. Finalidad y objetivos .....	3
B. Ámbito de aplicación de las disposiciones legislativas .....	4
C. Definiciones .....	9
D. Primacía de las obligaciones internacionales .....	12
E. Interpretación .....	12
Capítulo II. Ley que rige la apertura, la sustanciación, la administración y la clausura de los procedimientos de insolvencia y sus efectos .....	13
A. Ley principal: <i>lex fori concursus</i> .....	13
B. Excepciones a la <i>lex fori concursus</i> .....	28
1. Contratos de trabajo y relaciones laborales .....	28
2. Sistemas de pago, compensación y liquidación, mercados financieros regulados y otros sistemas multilaterales de negociación .....	31
3. Liquidación anticipada mediante compensación global de saldos netos al margen de los sistemas de pago, compensación y liquidación, mercados financieros regulados u otros sistemas multilaterales de negociación .....	35
4. Procesos arbitrales en curso .....	37
C. Excepción de orden público .....	38
Capítulo III. Reconocimiento de los efectos de la <i>lex fori concursus</i> y otras leyes aplicadas por el tribunal extranjero .....	40



## I. Introducción

1. En el programa provisional del 64º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/WG.V/WP.191) se proporciona información sobre los antecedentes del proyecto relativo a la ley aplicable en procedimientos de insolvencia, que fue remitido al Grupo de Trabajo por la Comisión en su 54º período de sesiones, celebrado en 2021<sup>1</sup>. En ese programa se señala que el Grupo de Trabajo, en su 63º período de sesiones (Viena, 11 a 15 de diciembre de 2023) examinó el proyecto de disposiciones legislativas y su correspondiente comentario, que figuraban en el documento A/CN.9/WG.V/WP.190 y convino en que se revisaran algunas partes de ese texto y en que era necesario seguir estudiando otras. También se indica que el Grupo de Trabajo solicitó a la secretaría que redactara una excepción a la *lex fori concursus* para los casos de liquidación anticipada mediante compensación global de saldos netos al margen de los sistemas de pago, compensación y liquidación y mercados financieros regulados, así como disposiciones para el capítulo III sobre los aspectos transfronterizos del reconocimiento<sup>2</sup>.

2. En el capítulo II de esta nota la secretaría presenta un proyecto revisado de disposiciones legislativas y de su comentario. Antes de cada una de las disposiciones se señala el estado en que se encuentra el examen de esa disposición ante el Grupo de Trabajo, además de otras cuestiones que la secretaría sugiere que el Grupo de Trabajo tenga en cuenta al estudiarla. Las notas de pie de página destacadas en negrita que acompañan a las disposiciones legislativas y el comentario indican la fuente de la mayoría de las revisiones que se han hecho recientemente. En cuanto a las demás notas de pie de página que acompañan el texto, la intención es que se mantengan en el texto final, según corresponda, dependiendo de la forma definitiva que se adopte para este último.

3. Además de los cambios específicamente señalados en las notas de pie de página, la secretaría, en consonancia con el acuerdo alcanzado en el 63º período de sesiones del Grupo de Trabajo<sup>3</sup>, sustituyó las referencias a las “normas jurídicas ajenas al régimen de la insolvencia” y similares por “normas distintas de la ley de insolvencia que podrían resultar aplicables como parte de la *lex fori concursus*” en todo el texto. Dado que el Grupo de Trabajo acordó dar prioridad a las cuestiones que se presentan en los capítulos I a III del proyecto de texto y que convino en que las cuestiones que se plantearan en relación con la insolvencia de grupos de empresas y procedimientos paralelos se abordarían a medida que fueran surgiendo<sup>4</sup>, en el proyecto actual no se incluye un capítulo separado sobre esas cuestiones.

4. En el 63º período de sesiones, se recordó que el Grupo de Trabajo aún no había acordado la forma definitiva que revestiría el texto sobre el tema<sup>5</sup>. También se recordó que, en un período de sesiones anterior, el Grupo de Trabajo había acordado proceder con la hipótesis de trabajo de que se adoptaría para el texto la forma de una ley modelo<sup>6</sup>. Con carácter provisional, la secretaría se sigue refiriendo en la presente nota a las disposiciones como “disposiciones legislativas” en el entendimiento de que se sustituirá esa denominación a su debido momento por la denominación que sea apropiada para la forma de instrumento que se convenga. Será necesario hacer otras modificaciones en el texto, dependiendo de la forma definitiva que se adopte para este y de la manera en que se relacione con otros textos de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia.

<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.9/1163, cap. V.

<sup>3</sup> *Ibid.*, párr. 61 a).

<sup>4</sup> *Ibid.*, párr. 81.

<sup>5</sup> *Ibid.*, párr. 41.

<sup>6</sup> A/CN.9/1126, párr. 80.

## II. Proyecto de disposiciones legislativas con su correspondiente comentario

### Capítulo I. Disposiciones generales

#### A. Finalidad y objetivos

5. A continuación se reproduce el preámbulo, según el texto revisado por el Grupo de Trabajo en su 63<sup>er</sup> período de sesiones<sup>7</sup>. En el comentario se hicieron los cambios consiguientes, además de otras modificaciones que se sugirieron en el Grupo de Trabajo<sup>8</sup>.

##### 1. Disposición legislativa

###### Preámbulo

La finalidad de estas disposiciones legislativas es establecer normas claras para determinar la ley que rige la apertura, la sustanciación, la administración y la clausura de los procedimientos de insolvencia y sus efectos, incluso en los procedimientos de reconocimiento y de otorgamiento de medidas y los procedimientos que se tramiten con respecto a grupos de empresas, a fin de lograr los objetivos fundamentales de un procedimiento de insolvencia eficaz y eficiente, como la seguridad jurídica y la previsibilidad.

##### 2. Comentario

1. Las disposiciones legislativas contienen normas de orientación sencillas y claras, que los Estados pueden incorporar a su derecho interno, para determinar la ley que rige la apertura, la sustanciación, la administración y la clausura del procedimiento de insolvencia y sus efectos, tanto a nivel nacional como transfronterizo (p. ej., en los procedimientos de reconocimiento y los procedimientos orientados a la adopción de medidas), con respecto a un único deudor<sup>9</sup> o a varios deudores que integren un grupo de empresas<sup>10</sup>. Es posible que en algunos Estados la ley no regule esas cuestiones y que en otros Estados las aborde solo parcialmente; por consiguiente, los tribunales se ven obligados a determinar caso por caso cuál es la ley que las rige.

2. Los Estados cuya ley trata las cuestiones previstas en las disposiciones legislativas aceptan en general que la ley del Estado en que se abre el procedimiento de insolvencia (la *lex fori concursus*) es la que rige los aspectos procesales del procedimiento, como la apertura, la sustanciación, la administración y la clausura. Sin embargo, esos Estados también prevén excepciones a la *lex fori concursus* en relación con la ley que regula los efectos de los procedimientos de insolvencia sobre determinados tipos de bienes (p. ej., bienes inmuebles), derechos (p. ej., derechos reales) o créditos (p. ej., compensación), y utilizan distintos factores de conexión para determinar la aplicación de leyes alternativas.

3. La ley y la práctica relativas a la aplicación transfronteriza de la *lex fori concursus* tampoco son uniformes. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la

<sup>7</sup> A/CN.9/1163, párr. 42.

<sup>8</sup> *Ibid.*, párrs. 44 a 47.

<sup>9</sup> “Deudor”: persona con respecto a la cual se ha abierto o iniciado un procedimiento de insolvencia (la explicación del término surge del glosario que figura en la quinta parte de la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia* (la “Guía”), término g)).

<sup>10</sup> “Grupo de empresas”: dos o más empresas vinculadas entre sí por alguna forma de control o de participación significativa en su capital social; “empresa”: toda entidad, cualquiera que sea su forma jurídica, que ejerza una actividad económica y a la que, llegado el caso, sea aplicable el régimen de la insolvencia. Véanse la *Guía*, tercera parte, términos a) y b) del Glosario, y el artículo 2 a) y b) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia de Grupos de Empresas (LMIGE).

Insolvencia Transfronteriza (LMIT) (1997)<sup>11</sup>, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Relacionadas con Casos de Insolvencia (LMSI) (2018)<sup>12</sup>, y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia de Grupos de Empresas (LMIGE) (2019)<sup>13</sup> tratan esas cuestiones solo parcialmente y de forma no expresa.

4. El objetivo principal de las presentes disposiciones legislativas es colmar esas lagunas: a) estableciendo una norma general según la cual la ley del Estado de apertura del procedimiento de insolvencia (la *lex fori concursus*) rige todos los aspectos de la apertura, la sustanciación, la administración y la clausura de los procedimientos de insolvencia y sus efectos sobre las personas, los derechos, los créditos y los procedimientos, con algunas excepciones; b) explicando el significado y el alcance de esa ley; c) previendo unas pocas excepciones a esa regla; d) delimitando el alcance de cada excepción y especificando cuándo se aplica cada una de ellas; e) previendo la posibilidad de que se otorguen medidas respecto de un procedimiento extranjero, es decir, de que reconozcan los efectos de la *lex fori concursus* y otras leyes que hubiera aplicado el tribunal extranjero en ese procedimiento; f) reforzando las medidas orientadas a reducir al mínimo la posibilidad de que se inicien procedimientos paralelos y, en los casos en que se hubieran abierto procedimientos paralelos, coordinando las medidas otorgadas a esos procedimientos de conformidad con las presentes disposiciones legislativas.

5. Por lo tanto, las disposiciones legislativas complementan, suplementan y amplían los textos anteriores de la CNUDMI relativos al régimen de la insolvencia al dar mayor seguridad y previsibilidad a las partes afectadas por los procedimientos de insolvencia y aumentar la eficiencia y eficacia de esos procedimientos. Al mismo tiempo, en ellas se equilibran consideraciones opuestas, como las ventajas de aplicar la *lex fori concursus* a todas las cuestiones que se plantean en el procedimiento de insolvencia y otras consideraciones contrapuestas, por ejemplo, la necesidad de previsibilidad en la protección de los trabajadores en los contratos y relaciones de trabajo o la estabilidad financiera y la protección de las infraestructuras de los mercados financieros ante los riesgos sistémicos.

6. En las disposiciones legislativas no se establecen normas que permitan determinar la ley aplicable a la validez y eficacia de los derechos o créditos que ya existían antes de la apertura del procedimiento de insolvencia. Esa ley queda determinada por las normas de derecho internacional privado (conflicto de leyes) (en adelante “normas de derecho internacional privado”) de aplicación general del Estado en que se abra el procedimiento de insolvencia. Las disposiciones legislativas no desplazan esas normas.

## B. Ámbito de aplicación de las disposiciones legislativas

6. La disposición legislativa y su comentario se han modificado para reflejar las observaciones formuladas en el 63<sup>er</sup> período de sesiones del Grupo de Trabajo<sup>14</sup>. En su 63<sup>er</sup> período de sesiones, el Grupo de Trabajo no examinó la sugerencia de añadir una disposición legislativa separada teniendo en cuenta el párrafo 2 del comentario<sup>15</sup> por lo que tal vez desee hacerlo en su 64<sup>o</sup> período de sesiones.

<sup>11</sup> Publicación de las Naciones Unidas (2014). Puede consultarse en [https://uncitral.un.org/es/texts/insolvency/modellaw/cross-border\\_insolvency](https://uncitral.un.org/es/texts/insolvency/modellaw/cross-border_insolvency).

<sup>12</sup> Publicación de las Naciones Unidas (2019). Puede consultarse en <https://uncitral.un.org/es/texts/insolvency/modellaw/mlj>.

<sup>13</sup> Publicación de las Naciones Unidas (2020). Puede consultarse en <https://uncitral.un.org/es/mlegi>.

<sup>14</sup> A/CN.9/1163, párrs. 48 y 49.

<sup>15</sup> *Ibid.*, párr. 49.

## 1. Disposición legislativa

### Ámbito de aplicación

1. Las disposiciones legislativas contienen normas de orientación para determinar la ley que rige la apertura, la sustanciación, la administración y la clausura de los procedimientos de insolvencia y sus efectos, incluso en los procedimientos sobre el reconocimiento y el otorgamiento de medidas y en los procedimientos relativos a grupos de empresas.

2. Las disposiciones legislativas no desplazan las normas de derecho internacional privado de aplicación general del Estado en el que se abre el procedimiento de insolvencia que determinan la ley aplicable a la validez y eficacia de los derechos y créditos que existían antes de la apertura del procedimiento de insolvencia<sup>16</sup>.

[3. Las disposiciones legislativas no se aplicarán a [especificar los casos en que no se aplicarán estas disposiciones legislativas, por ejemplo, en los procedimientos de insolvencia relativos a entidades financieras y de otro tipo que estén sujetas a un régimen de insolvencia especial]]<sup>17</sup>.

## 2. Comentario

### Consideraciones generales

1. El ámbito de aplicación de las disposiciones legislativas está vinculado a los conceptos de “procedimiento de insolvencia”<sup>18</sup> y “apertura del procedimiento de insolvencia”<sup>19</sup>. En los textos de insolvencia de la CNUDMI se establece una lista acumulativa de requisitos que tiene que reunir un procedimiento para ser considerado un “procedimiento de insolvencia”: a) debe tratarse de un procedimiento colectivo (judicial o administrativo)<sup>20</sup>; b) debe ser tramitado con arreglo a una ley relativa a la insolvencia (que incluye el derecho de sociedades comerciales)<sup>21</sup>; c) debe estar bajo control o supervisión judicial (lo que incluye el caso del deudor en posesión)<sup>22</sup>; d) debe referirse a un deudor (persona física o jurídica) que se encuentre en graves dificultades financieras o sea insolvente<sup>23</sup>, y e) debe tener como fin liquidar o reorganizar a ese deudor como entidad comercial<sup>24</sup>.

<sup>16</sup> *Ibid.*, párr. 48.

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> Véanse el glosario que figura en la introducción a la *Guía*, términos s) y u), que deben leerse juntos y también con la explicación que figura en la primera parte de la *Guía*, 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* (GE), párrs. 22, 48 y 49, y la *Guía para la incorporación al derecho interno y la interpretación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza* (GEI), párrs. 48 a 51 y 65 a 80.

<sup>19</sup> Recomendaciones 14 a 29 y 292 a 309 de la *Guía*. “Apertura del procedimiento [de insolvencia]”: fecha a partir de la cual rigen los efectos de la insolvencia, ya sea conforme a la ley o a una resolución judicial (glosario que figura en la introducción a la *Guía*, término h)).

<sup>20</sup> GEI, párrs. 69 a 72.

<sup>21</sup> GEI, párr. 73.

<sup>22</sup> Recomendaciones 112 y 113 de la *Guía*, y GEI, párrs. 71, 74 a 76 y 86.

<sup>23</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. Cuando el deudor solicita la apertura de un procedimiento de insolvencia deben cumplirse los siguientes criterios: el deudor no está ni estará, en general, en condiciones de pagar sus deudas a su vencimiento o sus deudas exceden del valor de sus bienes. Al mismo tiempo, en la *Guía* se recomienda que en el procedimiento de insolvencia simplificado se permita a los deudores que cumplan las condiciones de admisibilidad solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia simplificado cuando empiecen a tener dificultades financieras, sin necesidad de demostrar su insolvencia (recomendación 294). Cuando el acreedor o los acreedores solicitan la apertura de un procedimiento de insolvencia, deben cumplirse los siguientes criterios para la apertura: el deudor no está, en general, en condiciones de pagar sus deudas a su vencimiento o las deudas del deudor exceden del valor de sus bienes.

<sup>24</sup> GEI, párrs. 77 y 78.

2. El “procedimiento de insolvencia” comprende lo siguiente: 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>25</sup>; b) la “reorganización”, definida 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>26</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>27</sup>; d) el procedimiento de insolvencia simplificado<sup>28</sup>, y e) los procedimientos provisionales, de reestructuración y el procedimiento de venta del negocio preparado durante la etapa amistosa y aprobado posteriormente por el tribunal durante la etapa de reorganización o liquidación<sup>29</sup> y cualquier otro procedimiento que, según determine el órgano judicial en cada caso, reúna los requisitos de la lista acumulativa indicados más arriba<sup>30</sup>.

3. Cualquier otro procedimiento que no reuniera los requisitos mencionados anteriormente quedaría 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 un grupo de acreedores en particular, o la reunión de bienes en un procedimiento de liquidación o de rehabilitación que no prevea también disposiciones para atender las reclamaciones de otros acreedores<sup>31</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>32</sup>. Las medidas acordadas o los acuerdos celebrados con fines de ajuste financiero entre el deudor y algunos de sus acreedores de naturaleza 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 quedan fuera del ámbito de aplicación de las disposiciones legislativas<sup>33</sup>. Además, también quedan excluidos los procedimientos que tengan como único objetivo impedir la dispersión y el desperdicio de los bienes, y no 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>34</sup>.

#### *Párrafo 1*

4. Las disposiciones legislativas establecen normas para determinar la ley que rige las siguientes cuestiones: a) los aspectos de competencia y admisibilidad y los aspectos procesales de los procedimientos de insolvencia, b) los efectos del procedimiento de insolvencia en los derechos y créditos anteriores a la apertura del procedimiento (es decir, qué tratamiento se dispensa a cada derecho y crédito en el procedimiento de insolvencia), y c) los derechos, créditos, acciones y controversias posteriores a la apertura del procedimiento.

<sup>25</sup> Glosario que figura en la introducción a la *Guía*, término w).

<sup>26</sup> Glosario que figura en la introducción a la *Guía*, término kk).

<sup>27</sup> Véanse el texto sobre la finalidad de las disposiciones legislativas que precede a la recomendación 160 de la *Guía*, y la GEI, párr. 75.

<sup>28</sup> *Guía legislativa*, quinta parte.

<sup>29</sup> **A/CN.9/1163, párr. 49.**

<sup>30</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.

<sup>31</sup> GEI, párr. 69.

<sup>32</sup> GE, párr. 22, y GEI, párrs. 48 y 73.

<sup>33</sup> GEI, párr. 78.

<sup>34</sup> GEI, párr. 77.

5. Entre las cuestiones comprendidas en el apartado a) cabe mencionar las siguientes: la apertura, la sustanciación, la administración y la clausura del procedimiento de insolvencia, lo que abarca los criterios de apertura aplicables; los requisitos y procedimientos para notificar la apertura de un procedimiento de insolvencia y su contenido; los motivos y procedimientos para denegar la solicitud o desestimar el procedimiento, y las consecuencias de todo eso; el tipo de procedimiento que se iniciará; la conversión del procedimiento; los requisitos y mecanismos de supervisión y aprobación; los procedimientos de presentación, verificación y admisión de los créditos; los trámites relacionados con la venta de los bienes y la distribución del producto, y los procedimientos para la conclusión del procedimiento de insolvencia.

6. Entre las cuestiones comprendidas en el apartado b) cabe mencionar las siguientes: la situación de cada crédito respecto de los demás (es decir, el orden de prelación de los créditos); las acciones de anulación, y las restricciones y modificaciones a que pueden estar sujetos los derechos y créditos anteriores a la apertura para cumplir los objetivos colectivos del procedimiento de insolvencia (p. ej., una paralización del procedimiento o subordinación)<sup>35</sup>.

7. Entre las cuestiones comprendidas en el apartado c) cabe mencionar las siguientes: los derechos y créditos dimanantes del uso y disposición de bienes de la masa de la insolvencia, la financiación posterior a la apertura del procedimiento y las acciones del representante de la insolvencia; la impugnación del esquema de liquidación, el plan de reorganización o la exoneración de la deuda, y la determinación y autorización de los gastos administrativos.

#### *Párrafo 2*

8. Como se indica en el párrafo 2 de la disposición legislativa, las disposiciones legislativas no desplazan las normas de derecho internacional privado del Estado en el que se ha abierto el procedimiento de insolvencia que determinan la ley aplicable a la validez y eficacia de los derechos y créditos que existían antes de la apertura del procedimiento de insolvencia. A fin de determinar esa ley, el tribunal que controla o supervisa el procedimiento de insolvencia aplicará las normas de derecho internacional privado de aplicación general de su Estado, incluidos los tratados internacionales u otros acuerdos en vigor para ese Estado. Este planteamiento se refleja en la recomendación 30 de la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia* (la *Guía* o *Guía legislativa*)<sup>36</sup>. Por ejemplo, la ley que rige el contrato es la que determina, por regla general, si existe un crédito contractual contra el deudor y el importe de dicho crédito, y la ley del Estado en el que se encuentren los bienes inmuebles es la que determina si, por ejemplo, se ha constituido una garantía real sobre esos bienes. Las presentes disposiciones legislativas no desplazan la aplicación de las normas de derecho internacional privado de aplicación general ni la ley aplicable que resulte de la aplicación de esas normas. No obstante, el procedimiento de insolvencia surte efectos en los derechos y créditos anteriores a la apertura del procedimiento (para ejemplos de esos efectos, véase el párrafo 6 *supra*)<sup>37</sup>. Esos

<sup>35</sup> “Paralización del procedimiento”: medida que impide la apertura o suspende la continuación de acciones de carácter judicial o administrativo, u otro tipo de acción individual, referentes a los bienes, los derechos, las obligaciones o las deudas del deudor, inclusive acciones para hacer efectivas las garantías reales contra terceros o ejecutar una garantía real; que paraliza toda medida ejecutiva contra los bienes de la masa de la insolvencia, la resolución de todo contrato en el que el deudor sea parte, y que suspende la transferencia, los gravámenes u otras formas de enajenación de cualesquiera bienes de la masa de la insolvencia o derechos sobre ella (glosario que figura en la introducción a la *Guía*, término rr). La medida se aplica también al derecho a iniciar un proceso arbitral y ejecutar un laudo.

<sup>36</sup> Puede consultarse en [https://uncitral.un.org/es/texts/insolvency/legislativeguides/insolvency\\_law](https://uncitral.un.org/es/texts/insolvency/legislativeguides/insolvency_law). [https://uncitral.un.org/es/texts/insolvency/legislativeguides/insolvency\\_law](https://uncitral.un.org/es/texts/insolvency/legislativeguides/insolvency_law)

<sup>37</sup> Para ejemplos de instrumentos de la CNUDMI y otros instrumentos internacionales que reconocen los efectos del procedimiento de insolvencia en los derechos y créditos anteriores a la apertura del procedimiento, véanse las recomendaciones 3 y 88 de la *Guía*, la recomendación 223 de la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas* y el comentario del artículo 94 de la

efectos se rigen por la ley que se determine con arreglo a las presentes disposiciones legislativas; por lo tanto, las normas de derecho internacional privado de aplicación general no se aplican a esos asuntos.

9. Las disposiciones legislativas no establecen normas para localizar bienes. Estas forman parte de las normas de derecho internacional privado de aplicación general y pueden encontrarse en otros instrumentos internacionales<sup>38</sup>.

10. Del mismo modo, las disposiciones legislativas no establecen normas sobre competencia. Estas últimas, aunque resultan pertinentes para las cuestiones sobre las que tratan las presentes disposiciones legislativas, en particular los aspectos transfronterizos, se abordan en otros textos<sup>39</sup>. Por ejemplo, en la *Guía* se recomienda que el régimen de la insolvencia especifique qué deudores tienen una vinculación suficiente con el Estado como para estar sujetos a sus disposiciones y se recomienda expresamente que uno de los criterios para determinar si un deudor puede estar sujeto al régimen de la insolvencia sea que este tenga, o bien el centro de sus principales intereses (CPI)<sup>40</sup> o bien un establecimiento<sup>41</sup> en el Estado<sup>42</sup>.

11. Asimismo, las disposiciones legislativas tampoco establecen normas para distribuir bienes entre procedimientos paralelos. Puede haber otros instrumentos internacionales que regulen esos aspectos.

*Párrafo 3*<sup>43</sup>

12. Las disposiciones legislativas se formularon para que se aplicaran a cualquier procedimiento de insolvencia que cumpliera los requisitos enumerados en el párrafo 1 del presente comentario; no obstante, el párrafo 3 de la disposición legislativa permite que se excluyan casos del ámbito de aplicación de las disposiciones legislativas. El párrafo parte del supuesto de que lo más probable es que los Estados deseen excluir del ámbito de aplicación de las disposiciones legislativas los procedimientos de insolvencia relativos a entidades financieras y otras entidades que se encuentren sujetas a un régimen de insolvencia especial (p. ej., entidades a las que se les aplique el derecho público). Como consecuencia de la aplicación de ese régimen de insolvencia especial, es posible que también se apliquen normas especiales para determinar la ley que rige los procedimientos de insolvencia abiertos respecto de esas entidades y los efectos de esos procedimientos, incluso a través de fronteras y en las insolvencias de grupos de empresas<sup>44</sup>.

13. Sin embargo, ello no será necesariamente así, sobre todo si se tienen en cuenta las excepciones a la *lex fori concursus* que se han previsto. Dado que los Estados tal vez deseen conservar la posibilidad de aplicar las mismas normas en todos los procedimientos de insolvencia, con independencia de los ámbitos a los que se apliquen y de las entidades respecto de las cuales se abran esos procedimientos, el párrafo 3 se ha colocado entre corchetes. El párrafo se ha redactado de una forma que desalienta que se enumeren demasiados casos a los que no se aplicarían las

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias, así como el artículo 14.2 del Convenio del UNIDROIT sobre las Normas de Derecho Material aplicables a los Valores Intermediados.

<sup>38</sup> P. ej., los arts. 90 y 91 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias.

<sup>39</sup> P. ej., el art. 14 g) de la LMSI y los párrs. 110 a 115 de la GE.

<sup>40</sup> Para la explicación del término, véanse los párrs. 144 a 149 de la GEI.

<sup>41</sup> El “establecimiento” se define como todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes o servicios (véase, p. ej., el art. 2 f) de la LMIT).

<sup>42</sup> Véanse la recomendación 10 y su comentario. En una nota de pie de página de esa recomendación se observa que en algunos Estados se aplican otros criterios, como la presencia de bienes, pero que esos criterios no se recomiendan en la *Guía*.

<sup>43</sup> **En su 63<sup>er</sup> período de sesiones, el Grupo de Trabajo acordó armonizar el párrafo 3 de la disposición legislativa con el artículo 1, párrafo 2, de la LMIT. El comentario se ha redactado en consecuencia (A/CN.9/1163, párr. 48 c)).**

<sup>44</sup> **La secretaría de la CNUDMI sigue la labor del grupo de trabajo de UNIDROIT sobre insolvencia bancaria, que hasta ahora no ha abordado esas cuestiones. Si en el texto final que se elabore de resultas de ese proceso se tratara el tema, podría incluirse aquí una referencia a ese texto.**

disposiciones legislativas, dado de que de ello podrían derivarse por inadvertencia consecuencias no deseadas. En aras de la transparencia, se recomienda a los Estados que deseen excluir algunos casos de la aplicación de las disposiciones legislativas, que los mencionen claramente en esta disposición.

## C. Definiciones

7. En el 63<sup>er</sup> período de sesiones del Grupo de Trabajo, se sugirió lo siguiente: a) que se eliminara la definición de *lex fori concursus*<sup>45</sup>; b) que se añadieran definiciones de “*rights in rem*” (derechos reales) y, de ser necesario, de “*lex loci arbitri*” (la ley del lugar (o sede) del arbitraje) y de “*lex arbitri*” (la ley del arbitraje), así como de otros términos que se empleaban reiteradamente a lo largo del texto<sup>46</sup> y c) que el comentario se utilizara para redactar definiciones más extensas. La secretaría introdujo modificaciones, añadiendo nuevas definiciones y manteniendo todas las definiciones entre corchetes para que el Grupo de Trabajo siguiera estudiándolas, según había acordado en su 63<sup>er</sup> período de sesiones<sup>47</sup>.

8. La secretaría no redactó un comentario sobre algunas definiciones que se han añadido, a la espera de que el Grupo de Trabajo llegara a un acuerdo definitivo sobre las disposiciones de fondo relativas a esos términos, por ejemplo, sobre la necesidad de establecer una excepción a la *lex fori concursus* para los arbitrajes en curso y, en caso de establecerse, su alcance. En cuanto a los derechos reales, la definición de este término y su comentario se basan en la documentación que el Grupo de Trabajo tuvo ante sí en sus períodos de sesiones anteriores<sup>48</sup>.

9. La secretaría no incluyó en la sección sobre las definiciones algunos otros términos técnicos que se utilizan en el texto, por ejemplo “acuerdos de liquidación anticipada mediante compensación global de saldos netos” ni términos sobre infraestructuras de los mercados financieros en el entendimiento de que quizás sea más apropiado incluir esas definiciones o explicaciones en las partes correspondientes de los textos en que se emplean esos términos (véanse las secciones pertinentes más adelante). Este podría ser el caso también de los términos que se utilizan en otros contextos específicos, como la anulación, la compensación y los contextos de insolvencia transfronteriza.

### 1. Disposición legislativa

#### [Definiciones

A los efectos de las presentes disposiciones legislativas:

- a) se entenderá por “*lex arbitri*” la ley del Estado que rige el acuerdo de arbitraje;
- b) se entenderá por “*lex fori concursus*” la ley del Estado en el que se abra el procedimiento de insolvencia;
- c) se entenderá por “*lex loci arbitri*” la ley que rige las cuestiones arbitrales en el Estado en donde tenga lugar el arbitraje;
- d) se entenderá por “*lex rei sitae*” la ley del Estado en donde esté ubicado el bien de que se trate;
- e) se entenderá por “*lex societatis*” la ley del Estado que regula la constitución, el funcionamiento y la disolución de entidades mercantiles y las cuestiones relativas a su gobernanza interna;

<sup>45</sup> A/CN.9/1163, párr. 50.

<sup>46</sup> *Ibid.*

<sup>47</sup> *Ibid.*, párr. 53.

<sup>48</sup> Véase A/CN.9/WG.V/WP.179, párrs. 31 y 32.

f) se entenderá en general por “derechos reales” los derechos sobre un bien en particular que son oponibles también a terceros.]

## 2. Comentario

[*Lex arbitri y lex loci arbitri*

[*El comentario se redactará en función de la decisión que adopte el Grupo de Trabajo respecto de la excepción a la lex fori concursus para los arbitrajes en curso*].

*Lex fori concursus*

1. Se entenderá por “*lex fori concursus*” la ley del Estado en el que se abra el procedimiento de insolvencia. A efectos de las disposiciones legislativas, el término se interpretará en sentido amplio, de modo que abarque el régimen de la insolvencia del Estado en el que se abra el procedimiento y otras normas jurídicas de ese Estado que resulten pertinentes para la insolvencia que tal vez se apliquen como parte de la *lex fori concursus* a un procedimiento de insolvencia en particular. La pertinencia para la insolvencia de esas otras normas distintas de la ley de insolvencia se determinará caso por caso, aunque los siguientes son algunos ejemplos de normas que suelen considerarse entre estas últimas: a) las normas que regulan las obligaciones y responsabilidades de los directores en el período cercano a la insolvencia en el contexto del procedimiento de insolvencia; b) las que regulan los procedimientos de reestructuración de la deuda en procedimientos previos 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 la insolvencia posterior; 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) otras leyes que prevean un tratamiento especial para determinados bienes, como los bienes del patrimonio cultural<sup>49</sup>, en una insolvencia; f) 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; g) las normas del derecho tributario y de la seguridad social que regulan el tratamiento y el orden de prelación de las deudas públicas, y h) la legislación en materia de inversiones extranjeras, que puede imponer restricciones a la propiedad extranjera de determinados bienes o a las actividades de inversionistas extranjeros en determinados sectores de la economía (que sería 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 entenderse únicamente como una remisión al derecho sustantivo interno de ese Estado, no a sus normas de derecho internacional privado, lo que significa que no está previsto el reenvío. Ello está en consonancia con los criterios que se siguen en otros textos internacionales<sup>50</sup>. El objetivo de adoptar ese criterio es promover certeza respecto de cuál será la ley aplicable. Además, la remisión a la ley de un Estado extranjero no abarcaría el derecho público de ese Estado, es decir, las normas relativas al ejercicio de potestades soberanas. 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>51</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 consideren de procedimiento. Como se señala en las presentes disposiciones legislativas en los contextos pertinentes, algunas cuestiones (p. ej., la compensación o la prescripción) pueden considerarse sustantivas o procesales, según el ordenamiento jurídico de que

<sup>49</sup> A/CN.9/1163, párr. 54.

<sup>50</sup> Véanse, p. ej., las remisiones a la “ley interna” que se hacen 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>51</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.

se trate. Las disposiciones legislativas indican la ley que regirá esas cuestiones en los procedimientos de insolvencia.

3. Se hace referencia a la *lex fori concursus* en general en las disposiciones legislativas porque, en las presentes disposiciones, es la ley principal que rige la apertura, la sustanciación, la administración y la clausura del procedimiento de insolvencia y sus efectos (véase [se añadirá más tarde una referencia a la disposición pertinente] *infra*). Las excepciones a la *lex fori concursus* son limitadas en número y su contenido se expone claramente en las disposiciones legislativas, como se recomienda en la *Guía* (recomendación 34). Es posible que la *lex fori concursus* también se aplique supletoriamente si la ley de otro Estado a la que se remite en las disposiciones legislativas (p. ej., la *lex rei sitae*, la *lex societatis*) no resulta aplicable en algún caso determinado (p. ej., porque se aplica la excepción de orden público)<sup>52</sup>.

#### *Lex rei sitae*

4. La “*lex rei sitae*” se define como la ley del Estado en donde esté ubicado el bien de que se trate. [En el caso de los bienes registrables, como los buques o aeronaves, por *lex rei sitae* se entenderá la ley del Estado bajo cuya autoridad o supervisión se lleve el registro en que se haya inscrito el bien, es decir, del Estado cuya normativa rija las actividades de la entidad que lleva el registro y, si esa entidad no se encuentra supervisada, la ley del Estado donde el registro tenga su sede (*lex libri siti*)]<sup>53</sup>.

5. En general en las disposiciones legislativas y sus respectivos comentarios se hace referencia a la “*lex rei sitae*” en los contextos de una [posible] excepción a la *lex fori concursus* para ciertos tipos de bienes, como los inmuebles, y para los derechos reales, por ejemplo, los de garantía. (Para la definición del término “derechos reales” y su comentario, véanse el término [f] y el comentario que figura a continuación).

#### *Lex societatis*

6. La “*lex societatis*” es la ley del Estado que rige la constitución, el funcionamiento y la disolución de las entidades mercantiles y sus cuestiones de gobernanza interna, como los derechos, obligaciones, responsabilidades y deudas de los fundadores y propietarios (p. ej., con respecto al capital social), la adopción de decisiones (p. ej., por parte de los órganos de gobierno y las asambleas de accionistas) y los mecanismos para resolver cuestiones de gobernanza interna (como las controversias entre los accionistas y la administración). Esos aspectos pueden regularse de distintas formas, dependiendo del tipo de entidad mercantil de que se trate (p. ej. una sociedad personalista o una sociedad por acciones, cerrada o abierta). La *lex societatis* suele encontrarse en el derecho de las sociedades comerciales y de las sociedades personalistas y en el derecho que rige las asociaciones profesionales.

7. No existe un criterio uniforme para determinar la *lex societatis*. En algunos Estados se sigue el criterio de la “constitución” y en otros se aplica el criterio de la “sede real”, aunque lo que se entiende por esto último tampoco es uniforme. De acuerdo con el criterio de la “constitución”, la ley del Estado en que se forma o constituye la sociedad se aplica a todos los aspectos de la gobernanza de esa sociedad; de acuerdo con el criterio de la “sede real”, la ley del país en el que la sociedad tiene su sede “real” (es decir, su centro de gestión y control) es la que rige esos asuntos. Si bien los diferentes factores de conexión que se utilizan para determinar la *lex societatis* son similares y están vinculados a los factores que se utilizan para determinar el CPI (véase, más adelante, el comentario sobre el apartado t) de la lista de aspectos a los que se aplicaría la *lex fori concursus*)<sup>54</sup>, no son directamente pertinentes para las presentes disposiciones legislativas. El término se utiliza en las

<sup>52</sup> En el 63<sup>er</sup> período de sesiones del Grupo de Trabajo se expresó la opinión de que se aplicaría la *lex fori concursus*, en lugar de la *lex causae*, si la *lex rei sitae* y la *lex societatis* no fueran aplicables (A/CN.9/1163, párr. 53).

<sup>53</sup> La parte enmarcada entre corchetes se añadió a la espera de que el Grupo de Trabajo examine la cuestión. El Grupo de Trabajo no estudió la cuestión en su 63<sup>er</sup> período de sesiones. Véase A/CN.9/WG.V/WP.190, párr. 6.

<sup>54</sup> Véase, por ejemplo, la GEI, párrs. 145 a 147.

disposiciones legislativas simplemente para transmitir el principio de que la aplicación de la *lex societatis* a las cuestiones de gobernanza interna del deudor no se vería afectada por la apertura del procedimiento de insolvencia, salvo en lo concerniente a muy pocos aspectos relativos a las obligaciones de los directores en el período cercano a la insolvencia, que surgen en el régimen de la insolvencia tras la apertura del procedimiento.

#### *Derechos reales*

8. El término “derechos reales” se utiliza para designar los derechos que, a diferencia de los “derechos personales”, son oponibles ante la sociedad en general; los derechos personales, en cambio, solo pueden ejercerse en relación con determinadas personas. Los derechos reales se encuentran estrechamente relacionados con el concepto de “créditos garantizados”, expresión que en general se refiere a créditos que están garantizados por un bien en particular. Es posible que algunos derechos queden incluidos en ambas categorías, según cuál sea la clasificación y la terminología que utilice la ley aplicable. Los Estados pueden emplear otro término u otros términos para expresar esos conceptos.

9. En algunos textos, si bien la calificación de un derecho como derecho real se deja en manos del derecho interno, se ofrece, a título de ejemplo, una lista de derechos reales, en particular los siguientes: a) el derecho a realizar o a que se realice el bien y a ser pagado con el producto o los rendimientos de dicho bien, en particular, en virtud de prenda o hipoteca; b) el derecho exclusivo a cobrar un crédito, en particular el derecho garantizado por una prenda de la que sea objeto el crédito o por la cesión de dicho crédito a título de garantía; c) el derecho a reivindicar el bien y reclamar su restitución a cualquiera que lo posea o utilice en contra de la voluntad de su titular; d) el derecho real a percibir los frutos de un bien, y e) el derecho, inscrito en un registro público y oponible frente a terceros, que permita obtener un derecho real de acreedores o de terceros<sup>55</sup>.]

## **D. Primacía de las obligaciones internacionales**

10. En el 63<sup>er</sup> período de sesiones del Grupo de Trabajo no se formuló ninguna observación con respecto al enfoque sugerido por la secretaría para redactar la disposición sobre esta cuestión<sup>56</sup>. La secretaría redactará una disposición una vez que se confirmen la forma que se adoptará para el instrumento final sobre el tema y la necesidad de dicha disposición.

## **E. Interpretación**

11. En el 63<sup>er</sup> período de sesiones del Grupo de Trabajo no se formuló ninguna observación con respecto al enfoque que había sugerido la secretaría para redactar la disposición pertinente<sup>57</sup>. La secretaría redactará la disposición una vez que se confirmen la forma del instrumento final sobre el tema y la correspondiente necesidad de la disposición. En esa etapa, la secretaría tal vez también incluya las normas de interpretación que suelen figurar en los textos de la CNUDMI, a saber, que la conjunción “o” no debe interpretarse en sentido excluyente; que los términos empleados en singular abarcan también el plural; que los términos “incluye(n)”, “incluido”, “como” y “por ejemplo” no significan que la enumeración subsiguiente sea exhaustiva, que las formas verbales “podrá(n)” y “puede(n)” denotan una autorización y la forma verbal

<sup>55</sup> Véase el artículo 8 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”).

<sup>56</sup> Véase [A/CN.9/WG.V/WP.190](#), párr. 7.

<sup>57</sup> *Ibid.*, párr. 7.

“debería(n)” implica una instrucción, y que por “personas” se entenderá tanto una persona física como una persona jurídica.

## Capítulo II. Ley que rige la apertura, la sustanciación, la administración y la clausura de los procedimientos de insolvencia y sus efectos<sup>58</sup>

12. En respuesta a las preguntas planteadas en el 63<sup>er</sup> período de sesiones del Grupo de Trabajo con respecto al ámbito de aplicación del capítulo II<sup>59</sup>, la secretaría formuló modificaciones en el título del capítulo. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la siguiente nota introductoria para ese capítulo:

[En el capítulo II figuran normas de orientación para determinar la ley que rige la apertura, la sustanciación, la administración y la clausura de los procedimientos de insolvencia y sus efectos. La intención es que el capítulo se aplique a cualquier tipo de procedimiento de insolvencia que contenga un elemento extranjero. Ese elemento extranjero puede consistir en bienes del deudor, acreedores u otras partes interesadas<sup>60</sup> situados en distintos Estados. El procedimiento podría ser alguno de los siguientes: el procedimiento principal, es decir, el abierto en el Estado donde el deudor tiene su centro de los principales intereses; un procedimiento no principal, es decir, un procedimiento de insolvencia, distinto del procedimiento principal, abierto en un Estado en que el deudor tiene un establecimiento, u otros procedimientos, por ejemplo, procedimientos iniciados en un Estado en el que el deudor tenga bienes. Esos procedimientos, debido a la presencia de un elemento extranjero, pueden crear incertidumbre a la hora de determinar la ley que regirá el procedimiento de insolvencia y sus efectos. Las disposiciones del capítulo II tienen por objeto eliminar esa incertidumbre o, al menos, reducirla.

El capítulo III complementa este capítulo al sugerir mecanismos para dar efecto transfronterizo a la ley que se haya determinado en el Estado de apertura del procedimiento de insolvencia que es la ley que regirá la apertura, sustanciación, administración y clausura del procedimiento de insolvencia y sus efectos. Esa ley podría ser la *lex fori concursus* u otra ley que se determine con arreglo con las excepciones a la *lex fori concursus* que figuran en el presente capítulo].

### A. Ley principal: *lex fori concursus*

13. La disposición legislativa y su comentario se han modificado para reflejar las observaciones formuladas en el 63<sup>er</sup> período de sesiones del Grupo de Trabajo<sup>61</sup>. En particular, el párrafo 2 de la disposición legislativa se ha redactado nuevamente para transmitir la idea de que el párrafo tiene un carácter excepcional y un alcance limitado, tomando como referencia los artículos 28 a 32 de la LMIGE<sup>62</sup>. De conformidad con el entendimiento alcanzado en el Grupo de Trabajo<sup>63</sup>, tras suprimir, con arreglo a lo acordado por este<sup>64</sup>, la lista ilustrativa que figuraba a continuación del párrafo 2 de la correspondiente disposición legislativa en el documento [A/CN.9/WG.V/WP.190](#), la secretaría ha retenido de esa lista, para que sean examinados más adelante por el Grupo de Trabajo el apartado a) (que preveía una excepción para los casos de anulación) y el apartado e) (que preveía una excepción para el tratamiento de la compensación de

<sup>58</sup> [A/CN.9/1163](#), párr. 59.

<sup>59</sup> *Ibid.*, párrs. 59 a 60.

<sup>60</sup> “Parte interesada”: toda persona cuyos derechos, obligaciones u otros intereses puedan verse afectados por el procedimiento de insolvencia o por algún incidente dimanante del mismo, incluidos el deudor, el representante de la insolvencia, todo acreedor, todo socio de la empresa, el comité de acreedores, toda entidad pública o cualquier otra persona que pueda verse igualmente afectada. Ello no deberá dar lugar a que una persona con un interés remoto o difuso que pueda verse afectado por el procedimiento de insolvencia pueda ser considerada parte interesada en dicho procedimiento (Glosario que figura en la introducción a la *Guía*, término dd).

<sup>61</sup> [A/CN.9/1163](#), párrs. 61 y 69.

<sup>62</sup> *Ibid.*, párr. 68.

<sup>63</sup> *Ibid.*, párr. 74.

<sup>64</sup> *Ibid.*, párr. 69.

créditos). La secretaría no ha redactado un comentario sobre esos apartados, a la espera de que el Grupo de Trabajo decida si se mantendrán en el texto y, en ese caso, cuál será su ubicación y cómo quedarán formulados. El Grupo de Trabajo tal vez recuerde que, en su 63<sup>er</sup> período de sesiones, señaló que se había sugerido que se hiciera una excepción adicional a la *lex fori concursus* para los acuerdos de liquidación anticipada (véase la sección pertinente más adelante), cuestión que estaba vinculada al apartado i) de la lista sobre la *lex fori concursus*<sup>65</sup>. Por lo tanto, la excepción que se propone para los acuerdos de liquidación anticipada mediante compensación global de saldos netos también estará vinculada a la excepción para el tratamiento de la compensación de créditos que se preveía en el antiguo apartado e) de la lista ilustrativa que se ha suprimido, si se decidiera mantener este caso en el texto.

14. El Grupo de Trabajo tal vez recordará que aplazó el examen de las demás cuestiones enumeradas en la lista ilustrativa que se ha suprimido (los apartados b), c) y d) relativos a los bienes inmuebles, los derechos reales y los bienes registrables) hasta que se celebraran consultas oficiosas entre períodos de sesiones. Se había previsto que esas cuestiones se examinarían durante esas consultas junto con una propuesta recibida durante el período de sesiones según la cual los acreedores garantizados, al abrirse un procedimiento de insolvencia contra el deudor, deberían quedar sujetos a ley de insolvencia de la *lex rei sitae*<sup>66</sup>. Se prevé que se informe oralmente al Grupo de Trabajo, en su 64<sup>o</sup> período de sesiones, sobre los resultados de esas consultas.

15. Las partes del comentario que se refieren a las dificultades que se presentan en relación con el reconocimiento y la ejecución transfronterizas de los efectos de la *lex fori concursus* se han eliminado del comentario en esta sección, ya que guardan más relación con las cuestiones que se plantean en el capítulo III<sup>67</sup>. Su contenido podrá reflejarse en el comentario de ese capítulo, según proceda. El Grupo de Trabajo aplazó el examen de otras propuestas relacionadas con el comentario, y señaló que resultaban pertinentes para otras partes del texto<sup>68</sup>. Las cuestiones planteadas en relación con esas propuestas se destacan en las partes pertinentes del texto. En su 63<sup>er</sup> período de sesiones, el Grupo de Trabajo no aceptó una sugerencia que se había formulado en un período de sesiones anterior<sup>69</sup> de que en el proyecto se trataran cuestiones específicas derivadas de la insolvencia de una persona física.

## 1. Disposición legislativa

### **La *lex fori concursus* como ley principal que rige todos los aspectos de la apertura, la sustanciación, la administración y la clausura de los procedimientos de insolvencia y sus efectos**

1. Salvo que se disponga otra cosa en las presentes disposiciones legislativas, la *lex fori concursus* regirá 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 determinación del momento en que se puede abrir un procedimiento de insolvencia y el tipo de procedimiento que se puede abrir, la parte que puede solicitar 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>65</sup> *Ibid.*, párr. 72.

<sup>66</sup> *Ibid.*, párrs. 66, 67 y 74.

<sup>67</sup> *Ibid.*, párr. 63 y sección 10.

<sup>68</sup> *Ibid.*, párr. 61.

<sup>69</sup> A/CN.9/1126, párr. 72.

- d) la protección y conservación de la masa de la insolvencia, incluida la aplicación de la paralización del procedimiento y, en caso de que esta sea aplicable, el alcance y duración, la modificación y la extinción de esa paralización;
- e) la utilización y enajenación de los bienes;
- f) la propuesta, aprobación, confirmación y ejecución de un plan de reorganización;
- g) la anulación de determinadas operaciones que podrían ser perjudiciales para determinadas partes;
- h) el tratamiento de los contratos, incluidas las cláusulas de extinción y agilización automáticas (cláusulas *ipso facto*);
- i) el tratamiento de la compensación;
- [j) el tratamiento de los acreedores garantizados]<sup>70</sup>;
- k) los derechos y obligaciones del deudor;
- l) las obligaciones y funciones del representante de la insolvencia;
- m) las funciones de los acreedores y del comité de acreedores;
- n) el tratamiento de los créditos;
- o) el orden de prelación de los créditos;
- p) las costas y los gastos relativos al procedimiento de insolvencia;
- q) la distribución del producto;
- r) la clausura del procedimiento;
- s) la exoneración, y
- t) las acciones conexas (que se hayan planteado como consecuencia de un procedimiento de insolvencia o estén sustancialmente vinculadas a un procedimiento de insolvencia).

[2. Para reducir al mínimo la posibilidad de que se abran procedimientos de insolvencia extranjeros respecto de un mismo deudor o grupo de empresas o para facilitar la tramitación de créditos en un procedimiento de insolvencia nacional que de otro modo podría presentar un acreedor en un procedimiento de insolvencia extranjero, el tribunal podrá optar por aplicar la ley de otro Estado para dar a esos créditos el tratamiento que se les habría dado en un procedimiento de insolvencia extranjero si este se abriera]<sup>71</sup>.

[3. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1 g) de la presente disposición legislativa, si la otra parte en una operación objeto de anulación demuestra que la ley de un Estado que sea aplicable a la operación no permite anularla en el caso en cuestión, [podrá aplicarse] [deberá aplicarse] [se aplicará] esa otra ley, a menos que no tenga ninguna relación sustancial con las partes ni con la operación y que no exista ningún otro fundamento razonable para aplicarla a esa operación]<sup>72</sup>.

[4. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1 i) de la presente disposición legislativa, cuando la ley aplicable al crédito del deudor prevea el derecho de los acreedores a exigir la compensación de sus créditos con los créditos del deudor, dicha ley [podrá aplicarse] [deberá aplicarse] [se aplicará] a menos que no tenga ninguna relación

<sup>70</sup> La secretaría ha mantenido este apartado y su comentario entre corchetes, y desea señalar que el Grupo de Trabajo aún no ha resuelto la cuestión. Véanse A/CN.9/1163, párrafos 65 a 67, y el párrafo 14 de la presente nota de la Secretaría.

<sup>71</sup> En su 63<sup>er</sup> período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en que se volviera a redactar el párrafo, en particular con referencia a los artículos 28 a 32 de la LMIGE, para transmitir la idea de que tiene carácter excepcional y un alcance limitado (A/CN.9/1163, párr. 68).

<sup>72</sup> Véase el párrafo 13 de la presente nota de la Secretaría.

sustancial con el crédito y no exista ningún otro fundamento razonable para aplicarla al crédito]<sup>73</sup>.

## 2. Comentario

### Consideraciones generales

1. De conformidad con las presentes disposiciones legislativas, la *lex fori concursus* rige todos los aspectos del procedimiento de insolvencia y sus efectos, salvo disposición expresa en contrario.

2. Las disposiciones legislativas establecen que la *lex fori concursus* se aplica en primer lugar a todos los aspectos de la apertura, la sustanciación, la administración y la clausura del procedimiento de insolvencia, a saber 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>74</sup>, y b) todos los derechos, obligaciones y créditos posteriores a la apertura, es decir, los que se derivan del procedimiento de insolvencia, como las acciones contra el representante de la insolvencia o las relacionadas con la financiación posterior a la apertura, la venta de la masa de la insolvencia o la distribución del producto.

3. Las disposiciones legislativas establecen que la *lex fori concursus* se aplica también a los efectos que produce el procedimiento de insolvencia, lo que incluye los efectos en los derechos, los créditos y las obligaciones que existían antes de la apertura del procedimiento de insolvencia. Por ejemplo, aunque según la recomendación 4 de la *Guía* una garantía real que sea eficaz y exigible en virtud de una norma ajena al régimen de la insolvencia debería ser reconocida en un procedimiento de insolvencia como eficaz y exigible, la ejecución de una garantía real puede paralizarse de conformidad con la *lex fori concursus*, a menos que el tribunal otorgue una exención de los efectos de la paralización y hasta que ello ocurra (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 puede quedar sujeta a las disposiciones de anulación por los mismos motivos que otras operaciones. Además de la paralización del procedimiento y de la anulación, el régimen de la insolvencia puede disponer que se subordinen los créditos, por ejemplo, los de las personas allegadas (recomendación 184 de la *Guía*). Asimismo, puede prohibir el cumplimiento de algunas cláusulas contractuales (p. ej., las cláusulas *ipso facto* (recomendación 70 de la *Guía*)) 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 de la *Guía*), y en lo que respecta a la utilización o disposición de los bienes, incluida la facultad de venderlos libres de gravámenes u otras cargas (recomendaciones 52 a 62 de la *Guía*).

#### 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* rige las cuestiones relativas a la admisibilidad y la competencia y cuestiones conexas como cuáles son los deudores que tienen una vinculación suficiente con el Estado como para estar sometidos a su régimen de la insolvencia y cuál es el régimen de la insolvencia (p. ej., ordinario o simplificado) que debe aplicarse al deudor, en función del sector económico en el que realice sus actividades, el tamaño de su empresa, su nivel de endeudamiento u otros criterios.

<sup>73</sup> *Ibid.*

<sup>74</sup> Es posible que algunas cuestiones que se consideran procesales en algunos Estados (p. ej., la compensación o el plazo de prescripción) se consideren sustantivas en otros. El órgano judicial determina estos aspectos de conformidad con la ley de su Estado, que es la *lex fori concursus* en los procedimientos de insolvencia.

**b) Determinación 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* es la que determina los criterios que deben utilizarse para decidir la apertura del procedimiento (el criterio del balance de la empresa, el de la corriente de efectivo, ambos o algún criterio diferente o adicional). La *lex fori concursus* también determina lo siguiente: i) las circunstancias en las que puede abrirse un determinado tipo de procedimiento de insolvencia; ii) si solo el deudor o también los acreedores y otras partes podrán solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia, y iii) los trámites procesales y otros requisitos que deberá cumplir el solicitante para la apertura (p. ej., en algunos Estados, solo un determinado número de acreedores o acreedores que posean créditos por un determinado valor pueden abrir un procedimiento de insolvencia). La *lex fori concursus* también define los criterios que han de aplicarse para denegar la solicitud y desestimar el procedimiento, y establece las normas aplicables a la notificación de la solicitud y de la apertura (p. ej., el contenido de esas notificaciones y la forma de practicarlas).

**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<sup>75</sup> deben incluirse en la masa de la insolvencia<sup>76</sup> y en qué momento se constituye dicha masa. Además, esa ley rige el tratamiento que se dará a los bienes que se reciban con posterioridad a la apertura (p. ej., los bienes adquiridos después de la apertura del procedimiento de insolvencia y los bienes recuperados mediante acciones de anulación u otras acciones).

7. Las normas distintas de la ley de insolvencia que podrían resultar aplicables como parte de la *lex fori concursus* en el contexto de este apartado podrían ser las normas relativas a derechos sobre los bienes, las normas relativas a las obligaciones de derechos humanos, el régimen legal de las operaciones garantizadas, el derecho de familia, el derecho procesal civil y el derecho de la responsabilidad civil extracontractual, incluidas las normas que se refieran a la caracterización de los bienes (como corporales o inmateriales, muebles o inmuebles) y de los derechos sobre estos (reales o contractuales) y la determinación del derecho de propiedad y otros derechos reales, así como el tratamiento de los bienes gravados, los bienes de propiedad de terceros, los bienes en copropiedad y los bienes extranjeros.

8. Este aspecto está estrechamente relacionado con otro de los aspectos a los que se aplicaría 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. Asimismo, está estrechamente relacionado con las disposiciones sobre la primacía de las obligaciones internacionales, puesto que el tratamiento de algunos bienes en el procedimiento de insolvencia puede estar sujeto a un régimen especial vinculante para el Estado que haya adquirido la obligación internacional en cuestión. Ese régimen puede determinar si se ha de incluir un bien en particular en la masa de la insolvencia y, en caso de que se celebren procedimientos paralelos, en qué procedimiento de insolvencia debería administrárselo.

**d) Protección y conservación de la masa de la insolvencia, incluida la aplicación de la paralización del procedimiento y, en caso de que esta sea aplicable, el alcance y duración, la modificación y la extinción de esa paralización**

9. 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)<sup>77</sup>. Ello incluye las clases de medidas que pueden imponerse, las condiciones para imponerlas

y la duración y el alcance de esas medidas, así como los motivos y procedimientos para solicitar y conceder la exención de los efectos de esas medidas y otras medidas de protección.

**e) Utilización y enajenación de los bienes**

10. De acuerdo con las disposiciones legislativas, la *lex fori concursus* determina lo siguiente: i) 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; ii) las condiciones y los límites a la utilización y enajenación de los bienes (p. ej., las notificaciones a los acreedores y las aprobaciones judiciales); iii) el tratamiento de la financiación anterior y posterior a la apertura del procedimiento, las operaciones no autorizadas y las operaciones con personas allegadas después de la apertura del procedimiento de insolvencia, así como el ejercicio de acciones contra la contraparte en las operaciones no autorizadas, y iv) la definición de conceptos como “curso ordinario de los negocios”, “personas allegadas”, etc.

11. Las normas distintas de la ley de insolvencia que podrían resultar aplicables como parte de la *lex fori concursus* en el contexto de esta cuestión podrían ser las normas relativas a lo siguiente: i) el derecho de familia, que puede aplicarse al uso y disposición de bienes que tenga el deudor (un empresario individual) en copropiedad con los miembros de su familia; ii) las leyes que prohíben o restringen la propiedad extranjera en determinados sectores de la economía, que determinará si se permite la enajenación de bienes a extranjeros y, si así fuera, en qué condiciones; iii) el régimen legal de las operaciones garantizadas, que puede resultar aplicable a la utilización y enajenación de los bienes gravados y a sus métodos de venta; iv) las leyes sobre el derecho del medio ambiente y otras leyes, por ejemplo, las que regulen las condiciones que deben cumplirse para disponer de 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 que se abandonen, y v) la ley relativa al patrimonio cultural, que tal vez obligue a tratar de un modo especial determinados bienes protegidos por esa ley<sup>75</sup>.

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

12. De acuerdo con las disposiciones legislativas, la *lex fori concursus* determina la naturaleza y la forma del plan de reorganización; el momento en que debe proponerse; quién está autorizado a preparar ese plan; su contenido; su aprobación por los acreedores; el tratamiento 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.

13. Las normas distintas de la ley de insolvencia que podrían resultar aplicables como parte de la *lex fori concursus*, en el contexto de esta cuestión podrían ser las normas relativas a lo siguiente: i) las conversiones de deuda en capital; ii) los despidos, las modificaciones de los convenios colectivos y la participación de los empleados y los sindicatos en el procedimiento de insolvencia; iii) las inversiones

<sup>75</sup> Los bienes del deudor se definen en sentido amplio como todo bien y derecho del deudor, así como todo derecho real sobre bienes que obren o no en su posesión, ya sean corporales o inmateriales, muebles o inmuebles, y todo derecho del deudor sobre bienes gravados o sobre bienes que sean propiedad de un tercero (véase el glosario que figura en el introducción a la *Guía*, término b)).

<sup>76</sup> La *Guía* define la masa de la insolvencia como los bienes del deudor que hayan quedado sujetos al procedimiento de insolvencia (véase el glosario que figura en la introducción a la *Guía*, término t)).

<sup>77</sup> El deudor en posesión se define en la *Guía* como un deudor que, en un procedimiento de reorganización, mantiene el pleno control de sus negocios, con la consecuencia de que el tribunal no nombra un representante de la insolvencia (véase el glosario que figura en la introducción a la *Guía*, término l)).

<sup>78</sup> [A/CN.9/1163](#), párr. 54.

extranjeras y el control del tipo de cambio de divisas, y iv) la protección de la información confidencial o sensible desde el punto de vista comercial<sup>79</sup>.

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

14. De acuerdo con las disposiciones legislativas, la *lex fori concursus* determina lo siguiente: i) los tipos de operaciones que son anulables y los que no lo son; ii) los criterios de anulación, en particular los elementos que deben demostrarse y las defensas que pueden presentarse; iii) la duración del período de sospecha y la fecha a partir de la cual se aplica retroactivamente; iv) quiénes pueden iniciar un procedimiento de anulación y las condiciones en que pueden hacerlo; v) el origen de los fondos necesarios para sufragar las acciones de anulación, en particular la admisibilidad de la financiación por terceros y las condiciones y salvaguardias previstas para obtener dicha financiación; vi) los efectos de la anulación; vii) responsabilidad de la contraparte en la operación anulable y las medidas que pueden adoptarse en caso de incumplimiento, y viii) la admisibilidad de la anulación en caso de conversión del procedimiento y, de estar permitida, el alcance de la anulación y las operaciones que pueden anularse, así como las operaciones que no son anulables en esos casos. En el contexto de los procedimientos de insolvencia, las anulaciones son las acciones que se ejercen de conformidad con las disposiciones del régimen de la insolvencia que permiten anular o dejar sin efecto ciertas operaciones de transmisión de bienes o que sean fuente de obligaciones que han sido concertadas con anterioridad al procedimiento de insolvencia, o que permiten recuperar los bienes transmitidos o su valor en aras del interés colectivo de los acreedores (véanse “disposiciones aplicables en materia de nulidad” en el glosario, término c), y también, la *Guía*, quinta parte, cap. II, “anulación”, término a)).

15. De conformidad con las disposiciones legislativas, la anulación en algunos casos constituye una excepción a la *lex fori concursus*. En particular, las disposiciones legislativas prevén una excepción a la *lex fori concursus* con respecto a la anulación de pagos u operaciones que hayan tenido lugar en un sistema de pago, compensación o liquidación o en un mercado financiero regulado u otro sistema multilateral de negociación. En esos casos, la anulación se rige por la ley aplicable a ese sistema o mercado. [Se prevé una excepción adicional para los acuerdos de liquidación anticipada mediante compensación global de saldos netos: la anulación en esos casos se regirá por la ley aplicable al acuerdo.] En comparación, no se prevé una excepción similar para la anulación respecto de los contratos o relaciones laborales, aunque la mayoría de los demás aspectos relacionados con esos contratos o relaciones (p. ej., su rechazo o continuación) están comprendidos en la ley aplicable a ese contrato o relación. La *lex fori concursus* sigue siendo la ley que rige la anulación relativa a los contratos o relaciones laborales, por ejemplo, la anulación de los paquetes de remuneración que no fueran razonables y que hubieran sido negociados como parte de la modificación del contrato de trabajo antes de la apertura del procedimiento de insolvencia.

[Tal vez sea necesario desarrollar esta parte dependiendo de la decisión que adopte el Grupo de Trabajo respecto del párrafo 3 de la disposición legislativa.

Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee recordar que aplazó el examen de una propuesta para añadir en el párrafo que figura precedentemente una referencia a los bienes digitales y los valores electrónicos<sup>80</sup>]

<sup>79</sup> El derecho general de los contratos y, por consiguiente, algunas normas que quedan excluidas del ámbito de aplicación de las presentes disposiciones legislativas pueden ser aplicables a la ejecución del plan de reorganización en los Estados en que se prevé la clausura del procedimiento de insolvencia tras la aprobación (o la confirmación, cuando esta es obligatoria) del plan.

<sup>80</sup> A/CN.9/1163, párr. 61.

**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 lo siguiente: i) la clasificación de los contratos; ii) el tratamiento de los contratos respecto de los cuales ni el deudor ni su contraparte hayan cumplido plenamente sus obligaciones respectivas, en particular, la facultad del representante de la insolvencia de decidir si continúa la ejecución de esos contratos, los rechaza o los cede, el momento en que deberán adoptarse esas decisiones y el momento a partir del cual el rechazo surtirá efectos retroactivos; iii) 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 de que el régimen de la insolvencia tenga prelación sobre ellas, 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 esas normas imperativas del régimen de la insolvencia; iv) las excepciones a las facultades del representante de la insolvencia previstas en los apartados ii) y iii) anteriores; v) el tratamiento de los contratos posteriores a la apertura del procedimiento de insolvencia, y [vi) el tratamiento de los acuerdos de arbitraje]<sup>81</sup>.

17. Las normas distintas de la insolvencia que podrían resultar aplicables como parte de la *lex fori concursus*, incluidos los tratados internacionales vinculantes para el Estado en que se ha abierto el procedimiento de insolvencia, pueden tener pertinencia, por ejemplo, en relación con la calificación de los contratos; el cálculo de los daños; el tratamiento de los contratos con el Estado; [y el tratamiento de los acuerdos de arbitraje]. Por ejemplo, en la mayoría de los Estados, las cuestiones relativas al arbitraje comercial internacional se rigen por la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958)<sup>82</sup> (la “Convención de Nueva York”), que, entre otras cosas, exige a los órganos judiciales de los Estados partes que otorguen pleno efecto a los acuerdos de arbitraje y denieguen a las partes el acceso a los órganos judiciales cuando ello contravenga su acuerdo de someter la controversia a un tribunal arbitral (art. II)<sup>83</sup>.

18. De conformidad con las disposiciones legislativas, algunos tipos de contratos (p. ej., en un sistema de pago, compensación y liquidación o en un mercado financiero) y la mayoría de los aspectos de los contratos de trabajo (p. ej., su rechazo o continuación) constituyen una excepción a la aplicación de la *lex fori concursus*.

**i) Tratamiento de la compensación**

19. De conformidad con las disposiciones legislativas, la *lex fori concursus* determina si se permite la compensación<sup>84</sup> en el procedimiento de insolvencia y, en caso afirmativo, con respecto a qué obligaciones y en qué condiciones, y en particular: i) si se permite la compensación solo con respecto a las obligaciones pecuniarias anteriores a la apertura del procedimiento de insolvencia que hayan vencido antes de la apertura del procedimiento, o también a las que hayan de vencer después de esta; ii) si las obligaciones que pueden compensarse deben haber nacido de un único contrato o pueden haber nacido de varios contratos u obligaciones conexas<sup>85</sup> (es decir, no tienen que ser necesariamente recíprocas o conexas); iii) si la paralización se aplica al ejercicio de los derechos de compensación u opera automáticamente tras la apertura del procedimiento de insolvencia, y iv) la forma en que se trata a los acreedores que tengan créditos que puedan ser objeto de compensación (p. ej., si se los trata como acreedores garantizados o de algún otro modo). La *lex fori concursus* también rige el tratamiento de la compensación de los créditos nacidos después de la apertura del procedimiento de insolvencia.

20. El aspecto señalado en el apartado i) se refiere a la compensación que es obligatoria en el marco de la insolvencia, independientemente de cualquier arreglo contractual que hayan celebrado las partes entre sí. La palabra “tratamiento” en ese apartado tiene por objeto transmitir ese significado [y también que la *lex fori concursus* rige el tratamiento de la compensación en el procedimiento de insolvencia independientemente que ley rija la validez y la eficacia de los derechos de

compensación y los créditos existentes antes de la apertura del procedimiento de insolvencia]<sup>86</sup>.

21. Este aspecto está estrechamente relacionado con otros aspectos de la lista, como los previstos en el apartado d), relativo a la protección y conservación de la masa de la insolvencia; el apartado g), relativo a la anulación; el apartado h) relativo al tratamiento de los contratos, y el apartado n) relativo al tratamiento de los créditos. También está relacionado con la excepción a la *lex fori concursus* prevista para la ley que regula los efectos de los procedimientos de insolvencia en los derechos y obligaciones de los participantes y la anulación en los sistemas de pago, compensación y liquidación, los mercados financieros regulados y otros sistemas multilaterales de negociación. En el caso de esa excepción, los efectos del procedimiento de insolvencia en los derechos y obligaciones de compensación en esos sistemas y mercados se rigen por la ley aplicable a esos sistemas y mercados.

[*Es posible que deba modificarse esta parte en función de los resultados de los debates del Grupo de Trabajo sobre el párrafo 4 de la disposición legislativa y la excepción para los acuerdos de liquidación anticipada mediante compensación global de saldos netos al margen de los sistemas de pago, compensación y liquidación y mercados financieros regulados y otros sistemas multilaterales de negociación. Esos acuerdos de liquidación anticipada mediante compensación global de saldos netos pueden incluir la compensación contemplada en este apartado de la lista sobre la lex fori concursus. Véase la sección pertinente más adelante*].

#### **[j) Tratamiento de los acreedores garantizados**

22. De conformidad con las disposiciones legislativas, la *lex fori concursus* rige el tratamiento de los acreedores garantizados en los procedimientos de insolvencia<sup>87</sup>. “Acreedor garantizado” en el contexto de los procedimientos de insolvencia es un acreedor titular de un crédito garantizado, que es un crédito respaldado por una garantía real (derecho sobre un bien que se haya constituido en garantía del pago o cumplimiento de una o varias obligaciones) constituida sobre una deuda que se puede ejecutar en caso de incumplimiento por parte del deudor (Glosario, términos nn), oo) y pp)). Con el uso de la palabra “tratamiento” en este apartado se desea dar a entender que la *lex fori concursus* solo rige los efectos del procedimiento de insolvencia en los derechos y obligaciones de los acreedores garantizados en ese procedimiento de insolvencia, por ejemplo, si los acreedores garantizados están obligados a presentar

<sup>81</sup> En el Grupo de Trabajo no se hicieron comentarios sobre esta última cuestión. Sin embargo, algunos expertos cuestionan que se haga referencia a los acuerdos de arbitraje en relación con este tema de la lista relativa a la *lex fori concursus* y la manera en que ello se articularía con la excepción que se ha propuesto hacer para los procedimientos arbitrales en curso. El Grupo de Trabajo podría confirmar si esta cuestión debería seguir figurando en esta lista ilustrativa. A la espera de esa confirmación, la secretaría colocó entre corchetes la referencia a los acuerdos de arbitrajes en este párrafo, así como la referencia que se hace a ellos en el párrafo siguiente.

<sup>82</sup> Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 330, núm. 4739, pág. 3. La Convención puede consultarse también en [https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/conventions/foreign\\_arbitral\\_awards](https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards).

<sup>83</sup> Véase la nota 81.

<sup>84</sup> En la *Guía* se explica que la compensación se produce cuando un crédito relativo a una suma adeudada a una persona se aplica para compensar o reducir un crédito perteneciente a la otra, relativo a una suma adeudada por esa primera persona (véase el glosario que figura en la introducción a la *Guía*, término qq).

<sup>85</sup> A/CN.9/1163, párr. 62.

<sup>86</sup> La parte que figura entre corchetes podría tener que modificarse en función de los resultados de los debates del Grupo de Trabajo sobre el párrafo 4 de la disposición legislativa. Véase A/CN.9/1163, párr. 74.

<sup>87</sup> Esta norma está en consonancia con los textos de la CNUDMI relativos a las operaciones garantizadas (véanse la recomendación 223 y el cap. X, párrs. 80 a 82, de la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas* y el comentario del art. 94 de la *Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias* (párr. 500), que remite a la recomendación 223 de la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas* y a la recomendación 31 de la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia*).

créditos en él<sup>88</sup>. En el apartado no se pretende hacer referencia a la ley según la cual se determinaría la validez y la eficacia de las garantías reales<sup>89</sup> constituidas antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, que seguirán siendo determinadas por las normas de derecho internacional privado de aplicación general del Estado en el que se abra el procedimiento de insolvencia<sup>90</sup>. La apertura de un procedimiento de insolvencia no hace que esas normas dejen de aplicarse<sup>91</sup>.

23. Además de las cuestiones señaladas anteriormente, la *lex fori concursus* rige la aplicación de la paralización de los procedimientos de ejecución de los acreedores garantizados; la protección de los acreedores garantizados frente a la disminución del valor de los bienes gravados, en el caso de que la paralización se aplique a estos; la anulación de las garantías reales; el orden de prelación de los créditos garantizados, y el tratamiento de los acreedores garantizados y los bienes gravados en lo que respecta a la financiación posterior a la apertura del procedimiento. Por consiguiente, este aspecto está estrechamente relacionado con otros aspectos mencionados en la lista, entre ellos, los previstos en los siguientes apartados: c) constitución y magnitud de la masa de la insolvencia; d) protección y conservación de la masa de la insolvencia; e) utilización y enajenación de los bienes; n) tratamiento de los créditos, y o) orden de prelación de los créditos]<sup>92</sup>.

#### **k) Derechos y obligaciones del deudor**

24. Como se señaló precedentemente, de acuerdo con las disposiciones legislativas, la *lex fori concursus* determina si se aplicará el régimen del deudor en posesión o se procederá a sustituir al deudor total o parcialmente. También rige los derechos y las obligaciones del deudor, incluidos los directores de una empresa deudora, en cada uno de esos regímenes y en un caso de insolvencia específico, así como las condiciones que deben cumplirse para pasar de un régimen a otro.

25. Este aspecto está vinculado a algunos otros de la lista de aspectos a los que se aplicaría la *lex fori concursus*, en particular el previsto en el apartado e), que se refiere 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 autorizadas.

26. En este contexto, podrían aplicarse, como parte de la *lex fori concursus*, normas distintas de la ley de insolvencia, especialmente si el deudor fuera una persona física. En ese caso, los instrumentos de derechos humanos que sean vinculantes para el Estado en que se ha abierto el procedimiento de insolvencia pueden tratar, como parte de la *lex fori concursus*, cuál será el alcance de las limitaciones que pueden imponerse a la libertad de circulación del deudor, la divulgación de su correspondencia privada

<sup>88</sup> Las leyes de insolvencia que no incluyen los bienes gravados entre los bienes de la masa de la insolvencia y permiten que los acreedores garantizados ejecuten libremente sus garantías sobre esos bienes gravados pueden eximir a los acreedores garantizados de la obligación de presentar sus créditos en el procedimiento de insolvencia. Esta excepción podrá ser aplicable solo en la medida en que el crédito del acreedor garantizado pueda satisfacerse con el valor que se obtenga de la venta del bien gravado. Cuando el valor del bien gravado sea inferior al importe del crédito del acreedor garantizado, se podrá establecer que este último tiene la obligación de presentar un crédito por la parte no garantizada del importe total como acreedor ordinario no garantizado. Si el valor de la venta del bien gravado es superior al importe del crédito del acreedor garantizado, este último deberá aportar la diferencia a la masa de la insolvencia.

<sup>89</sup> “Garantía real”: derecho sobre un bien que se haya constituido en garantía del pago o cumplimiento de una o varias obligaciones (véase el glosario que figura en la introducción a la *Guía*, término pp).

<sup>90</sup> Esas normas figuran, por ejemplo, en los artículos 84 a 100 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias (2016). El comentario correspondiente puede consultarse en la *Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias* (2017).

<sup>91</sup> Véanse el artículo 94 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias y la recomendación 223 de la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas*.

<sup>92</sup> Como se indica en el párrafo 14 de la presente nota de la Secretaría, la secretaria ha mantenido entre corchetes el apartado j) y su comentario, y desea recordar también que el Grupo de Trabajo aún no ha resuelto la cuestión. Véase A/CN.9/1163, párrs. 65 a 67.

y otros aspectos relacionados con la protección de datos personales. Es posible que también exista una interrelación estrecha entre la ley de la insolvencia y la ley procesal civil y penal, por ejemplo, en cuanto a los mandamientos que ordenen la divulgación de información, así como las órdenes de examen y registro, y las de incautación de bienes del deudor. Los tratados internacionales, por ejemplo, los relativos a la asistencia judicial recíproca, el Convenio sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial de La Haya de 15 de noviembre de 1965 (el “Convenio sobre la Notificación y el Traslado”) y el Convenio de 18 de marzo de 1970 sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial y otros instrumentos internacionales que sean vinculantes para el Estado en que se ha abierto el procedimiento de insolvencia, pueden aplicarse como parte de la *lex fori concursus* en relación con cualquier acción relativa al deudor o realizada por este a través de fronteras.

#### **l) Obligaciones y funciones del representante de la insolvencia**

27. De conformidad con las disposiciones legislativas, la *lex fori concursus* determina los casos en que debe nombrarse al representante de la insolvencia<sup>93</sup>; 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 que se utilizará para el 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 insolvencia.

28. Además de las obligaciones, funciones y facultades generales del representante de la insolvencia, la *lex fori concursus* determina las facultades que se le atribuirán en cada caso concreto, que pueden incluir la facultad de representar el procedimiento en el extranjero (art. 5 de la LMIT) o actuar en otro Estado en relación con una sentencia relacionada con un caso de insolvencia dictada en el Estado donde se haya abierto el procedimiento de insolvencia (art. 5 de la LMSI), cooperar y comunicarse directamente con los órganos judiciales y representantes extranjeros (art. 26 de la LMIT) y asumir compromisos respecto del tratamiento otorgado a los créditos que podrían de otro modo presentar los acreedores en un procedimiento de insolvencia que se sustanciara en otro Estado (véanse los arts. 28 a 32 de la LMIGE).

29. Pueden aplicarse otras normas distintas de la *lex fori concursus*, como parte de esta última, por ejemplo, si el representante de la insolvencia estuviera sujeto a determinadas normas y reglamentaciones (como es el caso de los contadores, abogados, etc.). Además, los tratados internacionales, por ejemplo, los relativos a la asistencia judicial recíproca, el Convenio sobre la Notificación o el Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial de La Haya o el Convenio sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial de La Haya y otros instrumentos internacionales que sean vinculantes para el Estado en que se haya abierto el procedimiento de insolvencia, pueden aplicarse como parte de la *lex fori concursus* con respecto al ejercicio de las facultades del representante de insolvencia en el extranjero.

#### **m) Funciones de los acreedores y del comité de acreedores**

30. 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

<sup>93</sup> En el glosario que figura en la introducción a la *Guía* se define el término como una persona o entidad, incluso cuando su designación sea a título provisional, que haya sido facultada en un procedimiento de insolvencia para administrar la reorganización o la liquidación de la masa de la insolvencia (véase el apartado v)). Dependiendo del contexto, el término “representante de la insolvencia” también puede referirse a un “profesional independiente”, esto es, a una persona física o jurídica debidamente calificada, independiente del deudor, los acreedores y otras partes interesadas, que es nombrada por la autoridad competente para realizar una o más tareas relacionadas con un procedimiento de insolvencia simplificado, con sujeción a las aprobaciones correspondientes en cuanto al cumplimiento de requisitos éticos y profesionales, entre otros, y a la inexistencia de conflictos de intereses (véase la *Guía*, quinta parte, sección II, párr. 25 d)).

juntas de acreedores o debe crearse un comité de acreedores y, en su caso, en qué momento, así como la función que cumplirán esos órganos en la supervisión de los procedimientos de insolvencia; los requisitos que deberán cumplirse para participar en esos órganos; los asuntos para los que deberá obtenerse la aprobación de los acreedores; el umbral que se aplicará cuando deba obtenerse esa aprobación, y los mecanismos para solicitar la aprobación y comprobar que ha sido obtenida. En el contexto de los procedimientos de insolvencia, los “acreedores” son personas físicas o jurídicas que tengan un crédito frente al deudor que haya surgido en la fecha de la apertura del procedimiento de insolvencia o con anterioridad a ella (Glosario, término j)), y un “comité de acreedores” es un órgano representativo de los acreedores cuyos miembros son nombrados de conformidad con el régimen de la insolvencia y que goza de toda facultad consultiva y de otra índole que le sea otorgada por el régimen de la insolvencia (Glosario, término k)). En general, por ese término se entenderá tanto los acreedores del Estado del foro como los acreedores extranjeros (Glosario, párr. 10).

31. Este aspecto está estrechamente relacionado con los dos anteriores, relativos a los derechos y obligaciones del deudor y las obligaciones y funciones del representante de la insolvencia<sup>94</sup>. También guarda relación con el aspecto que se examina a continuación (tratamiento de los créditos)<sup>95</sup>.

#### **n) Tratamiento de los créditos**

32. De conformidad con las disposiciones legislativas, la *lex fori concursus* determina lo siguiente: i) qué acreedores tendrán la obligación de presentar sus créditos (p. ej., si los acreedores garantizados tienen la obligación de presentarlos), los tipos de créditos que han de presentarse, los créditos que quedan excluidos y los créditos que sean objeto de un tratamiento especial (p. ej., los créditos que presenten las personas allegadas); ii) el procedimiento de presentación, verificación y admisión de los créditos, en particular el plazo en que deben presentarse y ante quién y los requisitos que deben cumplirse para presentar los créditos extranjeros<sup>96</sup>; iii) las consecuencias de no presentar un crédito; iv) las normas para valorar los créditos; v) el tratamiento que se dará a los créditos litigiosos; vi) los efectos de la presentación y admisión de los créditos; vii) la revisión de las decisiones relativas a los créditos (p. ej., su rechazo o tratamiento especial); viii) el tratamiento de los créditos posteriores a la apertura del procedimiento; ix) el tratamiento de los créditos tras la conversión del procedimiento; x) la generación y el pago de intereses, y xi) las normas que rigen la asunción de compromisos respecto del tratamiento de los créditos que de otro modo podrían presentar los acreedores en un procedimiento de insolvencia en otro Estado, en particular si el representante de la insolvencia está autorizado a contraer esos compromisos y, en ese caso, respecto de qué créditos y en qué condiciones, y qué requisitos formales resultan aplicables, en particular la forma y la redacción de los compromisos, y los procedimientos para solicitar su aprobación, revisión y ejecución. 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 relaciones laborales, la *lex fori concursus* determina la situación jurídica y el tratamiento de los créditos laborales y rige los posibles compromisos que se contraigan en relación con ellos.

33. En el contexto del procedimiento de insolvencia, “crédito” es el derecho a cobrar una suma con cargo a la masa de la insolvencia del deudor por concepto de una deuda, de un contrato o de otra obligación legal, de importe determinado o indeterminado,

<sup>94</sup> Véase la descripción de la función de los acreedores y los comités de acreedores, en particular en la supervisión del deudor en posesión y el representante de la insolvencia, por ejemplo, en las recomendaciones 126 a 136 de la *Guía* y sus comentarios.

<sup>95</sup> 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. Véanse, por ejemplo, las recomendaciones 169 a 184 de la *Guía* y sus comentarios.

<sup>96</sup> Véanse los artículos 13 y 14 de la LMIT y los comentarios que figuran en los párrafos 118 a 126 de la GEI.

vencida o por vencer, litigiosa o no litigiosa, garantizada o no garantizada, o fija o contingente. En algunos ordenamientos jurídicos, cuando lo permite el derecho aplicable, se faculta a los acreedores o se les concede el derecho a percibir el valor de sus créditos con los bienes del deudor (Glosario, término g)).

34. Como parte de la *lex fori concursus* podrían resultar aplicables normas distintas de la ley de insolvencia, como la ley de operaciones garantizadas, en relación con el tratamiento de los créditos de los acreedores garantizados. Además, el derecho penal puede aplicarse paralelamente al régimen de la insolvencia en lo relativo al tratamiento de los créditos falsos. Los convenios internacionales, como el Convenio sobre la Eliminación del Requisito de la Legalización de Documentos Públicos Extranjeros de La Haya (5 de octubre de 1961), y otros instrumentos internacionales, que sean vinculantes para el Estado en que se ha abierto el procedimiento de insolvencia, pueden aplicarse como parte de la *lex fori concursus* a la presentación, verificación y admisión de créditos extranjeros. Puede haber normas especiales aplicables al tratamiento de los créditos públicos (extranjeros)<sup>97</sup> y los créditos dimanantes de laudos arbitrales. En la mayoría de los Estados se aplicará la Convención de Nueva York al tratamiento de los laudos arbitrales extranjeros y no nacionales<sup>98</sup>.

35. Este aspecto está vinculado a las siguientes cuestiones que se enumeran en la lista de aspectos a los que se aplica la *lex fori concursus*: la anulación g), [el tratamiento de los acreedores garantizados j)] y el tratamiento de la compensación i), [incluidas las excepciones a la *lex fori concursus* previstas para ellos en las presentes disposiciones legislativas, algunas de las cuales se aplican de forma general mientras que otras se aplican caso por caso]. Este aspecto también está relacionado con el aspecto relativo a la ejecución de un plan de reorganización, ya que este último suele abordar el tratamiento de los créditos de los acreedores y puede estipular la ley aplicable a ese tratamiento. En otros casos, el tribunal puede aplicar, una ley distinta de la *lex fori concursus*, dependiendo del caso. Por ejemplo, el tribunal puede considerar y aplicar las disposiciones imperativas de la ley del Estado en el que probablemente habría que solicitar el reconocimiento y la ejecución de los efectos del procedimiento de insolvencia nacional para garantizar ese reconocimiento y ejecución transfronterizos. Además, si la *lex fori concursus* permitiera contraer compromisos en relación con el tratamiento de los créditos que de otro modo podría presentar un acreedor en un procedimiento de insolvencia en otro Estado, a los créditos afectados podría darse el mismo tratamiento que recibirían en el procedimiento no abierto en otro Estado, lo que incluiría la ley que se aplicaría en este último caso.

#### **o) Orden de prelación de los créditos**

36. De conformidad con las disposiciones legislativas, la *lex fori concursus* determina el orden en que se pagarán los créditos con cargo a la masa, incluidos los créditos del representante de insolvencia, los créditos posteriores a la apertura del procedimiento de insolvencia y los créditos o gastos administrativos (para el significado de estos últimos, véase el apartado siguiente). Esa ley establece las categorías de acreedores que se verán afectadas por el procedimiento de insolvencia y el tratamiento que se les dará a los acreedores en lo que respecta a la prelación de sus créditos y la distribución del valor de la masa. También especifica las normas que se aplicarán para establecer la equivalencia funcional entre los créditos nacionales y extranjeros y las consecuencias de no establecer esa equivalencia<sup>99</sup>. En los casos en

<sup>97</sup> Véanse el art. 13, párr. 2, de la LMIT y la nota y comentario correspondientes que figuran en el párrafo 120 de la GEI.

<sup>98</sup> Las palabras “no nacionales” comprenden los laudos que, aunque fueron dictados en el Estado de ejecución, son tratados como “extranjeros” de acuerdo a la ley de ese Estado, habida cuenta de la presencia de algunos elementos extranjeros en el procedimiento, por ejemplo, porque se aplica la ley procesal de otro Estado. Véase la *Guía de la Convención de Nueva York*, que puede consultarse en <https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration>.

<sup>99</sup> Como se señala en la *Guía*, el criterio que ha de aplicarse es si los créditos nacionales y los créditos extranjeros, dado su contenido esencial y su función, se corresponden o no hasta el punto de poder considerarse “funcionalmente intercambiables”. Si la respuesta es afirmativa, los créditos

que esté prevista la subordinación de créditos, la *lex fori concursus* rige las condiciones y los límites de esa subordinación. En los casos en que se permita la asunción de compromisos en relación con el orden de prelación de los créditos que, de otro modo, podrían presentar los acreedores en un procedimiento de insolvencia en otro Estado, la *lex fori concursus* determina las normas que se aplicarán para asumir esos compromisos. Sin perjuicio de la excepción a la *lex fori concursus* prevista en las presentes disposiciones legislativas en relación con los contratos de trabajo y las relaciones laborales, la *lex fori concursus* determina el orden de prelación de los créditos laborales y rige los posibles compromisos que se contraigan con respecto a ellos.

37. Podrían resultar aplicables, como parte de la *lex fori concursus*, normas jurídicas distintas de la ley de insolvencia a la prelación de los créditos en los procedimientos de insolvencia en general y en cualquier procedimiento de insolvencia en particular, entre ellas las del derecho laboral (que pueden abarcar los convenios internacionales de trabajo para los Estados que sean parte en esos convenios)<sup>100</sup>, el derecho tributario, el régimen legal de las operaciones garantizadas y el derecho de la responsabilidad civil extracontractual. Puede haber normas especiales que rijan el orden de prelación de los créditos públicos (extranjeros). En particular, las perspectivas de lograr el reconocimiento y la ejecución transfronterizas de los efectos de los procedimientos de insolvencia podrían repercutir en la prelación de los créditos de ciertos acreedores, como los trabajadores y los acreedores garantizados.

**p) Costas y gastos relativos al procedimiento de insolvencia**

38. De conformidad con las disposiciones legislativas, la *lex fori concursus* determina los criterios aplicables a la autorización de créditos y gastos administrativos. En el contexto del procedimiento de insolvencia “crédito o gasto administrativo” es todo crédito frente a la masa por concepto de gastos del procedimiento como pudiera ser la remuneración del representante de la insolvencia y de todo profesional que el representante haya de emplear en el ejercicio de su cometido, así como los gastos que suponga el hecho de mantener la empresa en funcionamiento, las deudas contraídas por el representante de la insolvencia en el ejercicio de sus funciones y en el cumplimiento de su cometido, los gastos dimanantes de toda obligación legal o contractual que se mantenga, y las costas procesales<sup>101</sup>. La *lex fori concursus* se aplica al cálculo de los gastos, la función que ha de desempeñar el tribunal en relación con la aprobación de los gastos y la distribución de las costas y los gastos, 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 el tratamiento que se dará a los deudores cuyos bienes y fuentes de ingresos sean insuficientes para cubrir los gastos de administración del procedimiento de insolvencia, en particular la cuestión de si en esos casos se denegará la solicitud o si se utilizarán otros mecanismos para sufragar los gastos de administración del procedimiento de insolvencia y, en ese caso, cuáles. También determina las reglas que se apliquen a la financiación aportada por terceros.

39. Este aspecto guarda relación con los previstos en los otros apartados de la lista de aspectos a los que se aplicaría la *lex fori concursus*. Por ejemplo, las costas y los gastos relativos al procedimiento de insolvencia incluirían las costas y los gastos de participación del representante de la insolvencia en diversos procedimientos que

---

se considerarían equivalentes y recibirían el mismo tratamiento en el procedimiento de insolvencia. Si esa equivalencia no puede establecerse, el crédito se trataría en general como un crédito ordinario. Algunos de los criterios que suelen utilizarse para evaluar la equivalencia funcional de los créditos son la fuente de la obligación, la naturaleza de los acreedores y el interés que justificaría que se diera al crédito un tratamiento preferencial.

<sup>100</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>101</sup> Véase el glosario que figura en la introducción a la *Guía*, término a).

afecten a la masa de la insolvencia, por ejemplo, procesos judiciales o arbitrales que versen sobre créditos litigiosos o procedimientos de anulación.

**q) Distribución del producto**

40. De conformidad 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<sup>102</sup>.

41. Este aspecto está estrechamente relacionado con los demás aspectos de la lista, en particular los previstos en el apartado n), relativo al tratamiento de los créditos, y el apartado o), relativo al orden de prelación de los créditos. Si la *lex fori concursus* permitiera contraer compromisos respecto del tratamiento de los créditos que de otro modo los acreedores podrían presentar en un procedimiento de insolvencia en otro Estado, podría darse a los créditos afectados el mismo tratamiento que recibirían en el procedimiento que no se ha abierto, incluso en lo concerniente a la distribución del producto.

**r) Clausura del procedimiento**

42. De conformidad con las disposiciones legislativas, la *lex fori concursus* es la que determina cómo poner fin a un procedimiento, los requisitos que se exigen para la clausura, los trámites que deben realizarse y la determinación de si la conversión del procedimiento constituye la conclusión oficial del procedimiento que se convierte. La *lex fori concursus* establece qué parte puede solicitar la conclusión del procedimiento; si la solicitud en que se pide esa conclusión y la decisión de poner fin a ese procedimiento deben publicarse, y si los acreedores pueden ser oídos respecto de la solicitud.

**s) Exoneración**

43. De conformidad con las disposiciones legislativas, la *lex fori concursus* determina lo siguiente: i) las condiciones generales aplicables a la exoneración, incluidas las deudas que no puedan ser exoneradas; ii) los trámites y las condiciones que deben cumplirse para la exoneración, que pueden ser diferentes en función del procedimiento (de liquidación o reorganización; ordinario o simplificado); iii) la fecha a partir de la cual surtirá efecto la exoneración<sup>103</sup> y iv) los criterios para denegar la exoneración o revocar la exoneración otorgada<sup>104</sup>. En el contexto de los procedimientos de insolvencia, la exoneración significa la liberación de un deudor de los créditos presentados en el procedimiento de insolvencia (Glosario, término m)).

**t) Acciones conexas (que se hayan planteado como consecuencia de un procedimiento de insolvencia o estén sustancialmente vinculadas a un procedimiento de insolvencia)**

44. El apartado t) es una disposición general que tiene por objeto abarcar las acciones que no se mencionan específicamente en la lista de aspectos a los que se aplicaría la *lex fori concursus* y que, no obstante, se plantean como consecuencia de un procedimiento de insolvencia o están sustancialmente vinculadas a él. Como ejemplo, cabe citar las siguientes: i) las medidas relacionadas con la insolvencia que conduzcan a que se otorgue un tratamiento especial a los créditos de las personas allegadas o a los créditos que se invoquen contra estas, y ii) las acciones entabladas al amparo del régimen de la insolvencia para atribuir responsabilidad a los directores

<sup>102</sup> El derecho general de los contratos y, por consiguiente, algunas normas 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 después de la aprobación (o la confirmación, cuando esta fuera obligatoria) del plan de reorganización y si el producto se distribuyera de conformidad con las reglas de distribución establecidas en el plan de reorganización.

<sup>103</sup> Con la referencia a “sus efectos” que figura en el encabezamiento de la disposición legislativa se entiende incluir tanto el otorgamiento de la exoneración durante el procedimiento de insolvencia como su otorgamiento una vez clausurado.

<sup>104</sup> Se suprimió el párrafo 47 del documento A/CN.9/WG.V/WP.187. Véase A/CN.9/1133, párr. 42 i).

por haber cometido actos que causaron la situación de insolvencia o contribuyeron a ella.

45. A diferencia de los efectos que tiene el procedimiento de insolvencia en las obligaciones y responsabilidades de los directores durante el procedimiento de insolvencia que se enumeran en el apartado k) y que se rigen siempre por la *lex fori concursus*, las disposiciones legislativas no establecen que los efectos que tenga el procedimiento de insolvencia en todas las obligaciones y responsabilidades de los directores en el período cercano a la insolvencia deban regirse por la *lex fori concursus*. En la mayoría de los casos, se les seguirá aplicando la *lex societatis*, a pesar de la apertura del procedimiento de insolvencia. El apartado t) tiene por objeto señalar motivos específicos<sup>105</sup> que pueden acarrear la responsabilidad de los directores y acciones que pueden ejercerse contra los directores en el momento de abrirse el procedimiento de insolvencia con arreglo al régimen de la insolvencia. Entre esos motivos figuran, en muchos Estados, la realización de operaciones comerciales prohibidas y el incumplimiento de su obligación de solicitar la apertura del procedimiento de insolvencia. Con la excepción de esos pocos casos que se encuentran estrechamente vinculados con el régimen y el procedimiento de insolvencia, no corresponderá aplicar a las obligaciones y a la responsabilidad de los directores en el período cercano a la insolvencia la *lex fori concursus* con efecto retroactivo.

46. Por ejemplo, en algunos Estados los directores pueden incurrir en responsabilidad penal por no solicitar la apertura del procedimiento de insolvencia dentro del plazo fijado en la ley una vez que se han producido determinados hechos. En otros Estados tal vez los directores no tengan esa obligación, sino que quizás se aliente a entablar negociaciones extrajudiciales de reestructuración de la deuda. La interpretación limitada del apartado t), en cuanto se aplica a los directores, garantiza la protección de los directores del segundo grupo frente a responsabilidades y obligaciones imprevistas cuyo cumplimiento se impondría a los directores del primer grupo. El riesgo de que los directores se vean expuestos a esas responsabilidades y obligaciones imprevistas puede variar dependiendo de si el procedimiento de insolvencia se abre en el lugar donde se encuentra o encuentran: i) un CPI que coincida con el lugar de inscripción o constitución del deudor o con su “sede real”; ii) un CPI que no sea el lugar de inscripción o constitución del deudor ni su “sede real”; iii) el establecimiento del deudor, o iv) los bienes del deudor. Esos riesgos son mayores en los casos en que el procedimiento de insolvencia se abre a iniciativa de los acreedores en un Estado que no es el del CPI. En otros casos, la evaluación que se lleve a cabo para determinar la *lex societatis* puede ser similar a la que se realice para determinar el CPI, de modo que lo más probable es que la *lex societatis* sea la misma que la *lex fori concursus*.

47. En ese contexto, podrían aplicarse como parte de la *lex fori concursus* normas jurídicas distintas de la ley de insolvencia, especialmente si la *lex fori concursus* sigue una interpretación amplia del término “directores”, como se recomienda en la cuarta parte de la *Guía*<sup>106</sup>. Dependiendo de las personas que ejerzan en los hechos el control de la empresa del deudor en el período cercano a la insolvencia (p. ej., un prestamista institucional sujeto a regulación, un auditor o un asesor jurídico), es posible que resulten aplicables distintas leyes (p. ej., las que regulan determinadas profesiones), por ejemplo, las relativas a la inhabilitación y otras medidas, y los mecanismos que existan contra esas personas para asegurar el cumplimiento de medidas.

## B. Excepciones a la *lex fori concursus*

<sup>105</sup> A/CN.9/1133, párr. 42 j).

<sup>106</sup> Esa interpretación abarca cualquier persona que ejerza el control de hecho sobre el deudor (p. ej., directores de facto, directores virtuales u ocultos, accionistas, prestamistas, etc.) (recomendación 258 y comentario).

## 1. Contratos de trabajo y relaciones laborales

16. En el 63<sup>er</sup> período de sesiones del Grupo de Trabajo, en respuesta a una sugerencia de que se suprimiera la excepción, el Grupo de Trabajo recordó sus anteriores deliberaciones y decisión sobre el tema<sup>107</sup>. Se observó que la excepción de orden público y otras disposiciones del proyecto de texto respondían suficientemente a la preocupación expresada en el período de sesiones. La disposición legislativa, cuya formulación fue acordada por el Grupo de Trabajo en su 61<sup>er</sup> período de sesiones<sup>108</sup>, y el comentario que la acompaña, se presentan sin cambios sustanciales en esta nota.

### a) Disposición legislativa

#### **Ley que rige los efectos del procedimiento de insolvencia en los contratos de trabajo y las relaciones laborales**

Los efectos del procedimiento de insolvencia en los contratos de trabajo y las relaciones laborales se regirán por la ley aplicable al contrato o a la relación de que se trate.

### b) Comentario

1. De conformidad con esta disposición legislativa, los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los contratos de trabajo y las relaciones laborales se regirán por la ley aplicable a esos contratos y relaciones. Con la referencia a esa ley se quiere abarcar el derecho laboral, el régimen de la insolvencia y cualquier otro régimen legal que pueda ser pertinente para los contratos de trabajo o las relaciones laborales.

2. El tratamiento y el orden de prelación de los créditos laborales no quedan incluidos en la excepción prevista en esta disposición. 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 tales y a la anulación de las acciones relacionadas con los contratos de trabajo (p. ej., cuando no sea razonable el paquete de remuneración que sea consecuencia de la modificación de los contratos de trabajo o las relaciones laborales entre el deudor y los directores generales u otros administradores en el período cercano a la insolvencia). Sin embargo, cuando la *lex fori concursus* autoriza a asumir compromisos con respecto a créditos laborales que, de otro modo, podrían ser presentados por los trabajadores en un procedimiento de insolvencia en otro Estado (véase el comentario sobre los apartados n), o) y q) de la lista sobre la *lex fori concursus* mencionados precedentemente), podría darse a los créditos laborales afectados el trato que se les daría en un procedimiento que no hubiera sido abierto.

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 presentan 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 algunas leyes de insolvencia, se prioriza mantener la continuidad del empleo por sobre otros objetivos del procedimiento de insolvencia, como intentar obtener el máximo valor posible de los bienes de la masa en beneficio de todos los acreedores. Esta situación puede manifestarse cuando se pone énfasis en la venta de la empresa como negocio en marcha, con la transmisión de las obligaciones laborales existentes, en lugar de promoverse la liquidación o la reorganización, en que esas obligaciones laborales podrían modificarse o extinguirse. Es posible que las normas jurídicas imperativas, como las que figuran en tratados internacionales<sup>109</sup>: a) protejan a los trabajadores contra el despido injustificado y la discriminación; b) proporcionen

<sup>107</sup> A/CN.9/1163, párr. 70.

<sup>108</sup> A/CN.9/1126, párr. 79.

<sup>109</sup> Véase, por ejemplo, el Convenio sobre la Terminación de la Relación de Trabajo, 1982 (núm. 158) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

a los trabajadores una red de seguridad financiera; establezcan restricciones al rechazo o la modificación de los contratos de trabajo<sup>110</sup> y a las condiciones en que pueden realizarse despidos (incluida la notificación previa a los organismos públicos competentes), y c) garanticen 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 el 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 incertidumbre o incoherencia en lo que respecta al tratamiento de los contratos de trabajo y las relaciones laborales en los procedimientos de insolvencia. Ese riesgo aumenta si los efectos del procedimiento de insolvencia en esas cuestiones se rigen por la *lex fori concursus* extranjera. Se justifica proporcionar más certeza y coherencia a los trabajadores porque estos suelen estar en una posición relativamente más débil que sus empleadores a la hora de negociar, especialmente cuando no existen convenios colectivos de trabajo. Además, es posible que los trabajadores no estén familiarizados con los procedimientos de insolvencia y la protección que se les otorga cuando sus empleadores tienen dificultades financieras, que no estén informados de lo que sucede y que desconozcan los planes relacionados con su situación laboral. Los procedimientos de insolvencia se pueden utilizar para menoscabar la protección que se les presta, por ejemplo, cuando hay planes de vender la empresa como negocio en marcha y deshacerse de contratos de trabajo gravosos puede aumentar el precio de venta, o cuando el deudor se vale de una solicitud de insolvencia para que se lo exima del cumplimiento de obligaciones gravosas que son consecuencia de contratos de trabajo o relaciones laborales.

5. Si bien la CNUDMI estuvo de acuerdo en establecer esta excepción, reconoció que existía la posibilidad de que el criterio adoptado en la disposición legislativa eliminara una flexibilidad que podría ser deseable y necesaria para mantener a la empresa en funcionamiento, proteger el empleo y garantizar el pago de los sueldos, en particular en el caso de una reorganización. Además, si a los empleados del deudor se aplican distintos regímenes laborales, el criterio adoptado en la disposición legislativa puede socavar la eficiencia de la sustanciación y administración del procedimiento de insolvencia porque surgiría la necesidad de evaluar esos distintos regímenes. Sería el caso, por ejemplo, en que el deudor tuviera empleados en distintos Estados en los que fuera obligatorio aplicar la ley laboral local a los contratos de trabajo o las relaciones laborales. Esa necesidad también puede surgir cuando existe libertad para elegir la ley aplicable a los contratos de trabajo y las relaciones laborales, libertad que suele ir acompañada de salvaguardias para proteger a los trabajadores de las consecuencias adversas de haber aceptado ellos mismos la ley que hayan elegido, tal vez por haber sido coaccionados o por falta de información. Esas salvaguardias pueden variar de un Estado a otro (p. ej., en lo que respecta a las cláusulas de no competencia). Una de esas salvaguardias 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 cuya aplicación no puede ser excluida 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 laborales 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. No obstante, si no se estableciera esa excepción, los efectos del procedimiento de insolvencia en el tratamiento de los contratos y las relaciones laborales podrían acabar rigiéndose por la ley de un Estado que no tuviese vinculación alguna con un contrato o relación laboral o que tuviese con estos una vinculación muy remota (p. ej., la ley del Estado del CPI, si este no se encontrara en el lugar donde se

<sup>110</sup> Véanse la recomendación 71 de la *Guía* y su comentario.

encontraran todos los empleados del deudor o la mayoría de ellos). Ese resultado haría necesario conciliar en todos los casos la protección que otorgara a los trabajadores la *lex fori concursus* extranjera, la ley elegida —si correspondiera— y la ley cuya aplicación hubiera sido obligatoria. Otra solución podría consistir en establecer una combinación o jerarquía de leyes aplicables, lo que tendría la ventaja de mantener la flexibilidad, aunque también podría impedir la sustanciación y administración eficientes del procedimiento de insolvencia, ya que se esperaría que los tribunales compararan las consecuencias que se derivarían de la aplicación de los distintos regímenes laborales. Aunque, como se señaló en el párrafo anterior, el criterio adoptado en la disposición legislativa presentaría también un inconveniente similar, en la CNUDMI prevaleció la opinión de que, consideradas todas las circunstancias, era preferible seguir ese criterio.

7. La excepción de orden público (que se presenta más adelante) permitiría al tribunal del Estado de apertura del procedimiento de insolvencia no aplicar una ley extranjera si los efectos de la aplicación de esa ley fueran manifiestamente contrarios al orden público de ese Estado (p. ej., si legitimara en los hechos la esclavitud moderna, etc.). En tal caso, podrá aplicarse, como parte de la *lex fori concursus*, la ley laboral u otra ley pertinente del Estado de apertura del procedimiento de insolvencia. Dependiendo de las normas de derecho internacional privado de la *lex fori concursus* aplicables a los contratos y relaciones laborales, puede aplicarse, en lugar de la *lex fori concursus*, la ley de otro Estado que tenga una conexión más estrecha con el contrato o relación laboral que la *lex fori concursus*.

[En el comentario no se abordan las consecuencias que tendría aplicar esta excepción en el tratamiento de las cláusulas ipso facto. El Grupo de Trabajo podría considerar si el comentario debería ampliarse para contemplar esta cuestión].

## 2. Sistemas de pago, compensación y liquidación, mercados financieros regulados y otros sistemas multilaterales de negociación

17. En su 63<sup>er</sup> período de sesiones, el Grupo de Trabajo acordó suprimir los corchetes de la disposición legislativa que figura más adelante, y señaló al mismo tiempo que era necesario lograr una mayor precisión respecto del alcance de la disposición<sup>111</sup>. Se opinó que la excepción no debería aplicarse a los sistemas multilaterales de negociación no regulados. El Grupo de Trabajo no examinó la vinculación entre la disposición legislativa y una posible exclusión del ámbito de aplicación de las disposiciones legislativas de las instituciones financieras que son los participantes habituales en un sistema de pago, compensación o liquidación, mercados financieros regulados u otros sistemas multilaterales de negociación incluidos en la excepción.

18. La secretaría incluyó en el comentario el contenido del glosario que el Grupo de Trabajo tuvo ante sí en su 63<sup>er</sup> período de sesiones, en que se aclara que los sistemas multilaterales de negociación suelen ser centros de negociación financiera autorregulados.

### a) Disposición legislativa

#### **Ley que rige los efectos del procedimiento de insolvencia en los derechos y obligaciones de los participantes, así como la anulación en un sistema de pago, compensación o liquidación, un mercado financiero regulado u otros sistemas multilaterales de negociación**

Los efectos del procedimiento de insolvencia en los derechos y obligaciones de los participantes en un sistema de pago, compensación o liquidación, un mercado financiero regulado u otro sistema multilateral de negociación se regirán por la ley aplicable al sistema o mercado de que se trate. Esa ley también regirá la anulación de los pagos u operaciones en ese sistema o mercado.

<sup>111</sup> A/CN.9/1163, párr. 71. La secretaría celebró nuevas consultas sobre estas cuestiones con los expertos que habían participado en la reunión del grupo de expertos de junio de 2023. Los resultados de esas consultas se reflejan en el comentario.

**b) Comentario**

1. A los efectos de la presente excepción:

a) Por sistema de pago se entenderá un conjunto de instrumentos, procedimientos y normas para la transferencia de fondos entre dos o más participantes (véase el apartado f) más adelante en relación con la explicación del término “participantes”). Suele basarse en un acuerdo entre dos o más participantes y el operador, y la transferencia de fondos se realiza utilizando una infraestructura operacional convenida. En sentido estricto, el término podría referirse únicamente a los sistemas de transferencias interbancarias de fondos en los que todos o casi todos los participantes son instituciones de crédito y que facilitan la circulación de dinero en un país o una zona monetaria. En un sentido más amplio, podría referirse a todo acuerdo formal de transferencia de fondos, ya sea basado en un contrato privado o en la legislación, con múltiples participantes, normas comunes y procesos normalizados, para la transmisión, compensación (“*clearing*”), compensación global de saldos netos (“*netting*”) o liquidación de obligaciones pecuniarias que surjan entre sus participantes. Los sistemas de pago pueden formar parte de los mercados financieros (véase el apartado d) más adelante en relación con la explicación del término “mercado financiero regulado”) u operar por separado con arreglo a su propia estructura de gobernanza y normas de funcionamiento;

b) un sistema de compensación es un conjunto de normas y procedimientos que establecen la posición definitiva de los participantes antes de que se proceda a su liquidación en el sistema de liquidación (véase el apartado c) más adelante en relación con la explicación del término “sistema de liquidación”). Puede formar parte de los sistemas de liquidación u operar por separado con arreglo a su propia estructura de gobernanza y normas de funcionamiento;

c) un sistema de liquidación es un conjunto de instrumentos, procedimientos y normas que permite transferir fondos, bienes o instrumentos financieros con arreglo a normas predeterminadas. En el sistema de liquidación las transferencias pasarían a ser definitivas (es decir, irrevocables e incondicionales). Los sistemas de liquidación pueden operar por separado, con arreglo a su propia estructura de gobernanza y normas de funcionamiento, como parte de una entidad de contrapartida central o como parte de un mercado financiero o un depositario central de valores;

d) un mercado financiero regulado es un mercado multilateral que funciona regularmente, autorizado por una autoridad competente y operado o administrado por un operador de mercado, en el que múltiples compradores y vendedores participan en la negociación de derechos sobre instrumentos financieros (p. ej., acciones, bonos, productos financieros derivados o participaciones fiduciarias) admitidos para ser objeto de negociación en ese mercado de conformidad con las normas de ese mercado. Opera con arreglo a determinadas leyes o reglamentaciones y está sometido a la vigilancia o la supervisión prudencial de la autoridad competente. Antes de dar su autorización al operador de mercado y al mercado para que funcione como mercado financiero regulado, esa autoridad deberá asegurarse de que tanto el operador de mercado como el mercado reúnan los requisitos aplicables. Son ejemplos de mercados financieros regulados las bolsas de valores y los mercados de bonos y productos financieros derivados. A diferencia de los sistemas de pago, compensación y liquidación, cada uno de los cuales puede operar por separado o formar parte de otro sistema o del mercado financiero, un mercado financiero regulado constituye la infraestructura integrada compleja que se emplea para la compensación, liquidación y el registro de pagos, valores, productos financieros derivados u otras operaciones financieras;

e) un sistema multilateral de negociación es una plataforma electrónica que facilita la negociación de diversos tipos de instrumentos financieros. Puede funcionar como parte o como complemento de un mercado financiero regulado. Suele tratarse de un centro de negociación financiera autorregulado, que puede operar de conformidad con normas discrecionales o no discrecionales. Los sistemas multilaterales de negociación que operan con arreglo a normas no discrecionales no ejercen

discrecionalidad respecto de la ejecución de las operaciones. Relacionan las órdenes de diversos participantes basándose en normas predefinidas. Los sistemas multilaterales de negociación que operan con arreglo a normas discrecionales pueden ejercer discrecionalidad respecto de la ejecución de las operaciones. Esto les permite actuar como contrapartes en ellas, proporcionando liquidez y ejecutando órdenes de los clientes. Los sistemas multilaterales de negociación pueden especializarse en la negociación de determinadas clases de instrumentos financieros (p. ej., participativos (acciones o bonos) o no participativos (derechos de emisión));

f) Los participantes en el sistema o mercado incluidos en la excepción son personas que han sido: i) identificadas y reconocidas como tales por el sistema o mercado pertinente, y ii) autorizadas directa o indirectamente a efectuar transferencias por conducto de ese sistema o mercado. Los participantes suelen ser instituciones de crédito, empresas de inversiones, autoridades públicas, entidades de contrapartida central, agentes de liquidación y compensación y operadores del sistema o mercado. Más recientemente, son participantes también otras personas, por ejemplo, participantes indirectos y, en sistemas o mercados basados en tecnologías de registros distribuidos —como las cadenas de bloques—, inversionistas minoristas que pueden interactuar entre sí directamente, sin intermediarios.

2. Los sistemas y mercados (y sus diferentes combinaciones) incluidos en la excepción permiten que múltiples partes interactúen comprando y vendiendo derechos sobre instrumentos financieros. La imposibilidad de uno o más participantes de cumplir sus obligaciones en esos sistemas o mercados hace que otros participantes en esos sistemas y mercados no puedan hacer frente a sus obligaciones para con los demás participantes y terceros a su vencimiento. A menudo se hace referencia a este efecto dominó con el nombre de “riesgo sistémico”.

3. El funcionamiento de los sistemas y mercados incluidos en la excepción puede verse perturbado no solo por factores internos (p. ej., fallos o deficiencias operativos o fraude), sino también por factores externos, como procedimientos de insolvencia, que causen pérdidas y problemas de liquidez o que hagan ineficaces las medidas que esos sistemas y mercados adopten para reducir sus riesgos operativos y sistémicos. La finalidad de la excepción es reducir al mínimo las perturbaciones que causan los procedimientos de insolvencia al funcionamiento de esos sistemas y mercados. Al establecer una única ley que rige los efectos de los procedimientos de insolvencia en el funcionamiento del sistema o mercado (es decir, la ley de ese sistema o mercado), la excepción contribuye a que las perturbaciones causadas por los procedimientos de insolvencia sean más previsibles y, por tanto, más fáciles de controlar. Sin esa excepción, habida cuenta de la multiplicidad de participantes que hay en esos sistemas y mercados y de la multiplicidad de terceros cuyos procedimientos de insolvencia pueden afectar al funcionamiento de esos sistemas y mercados, podrían aplicarse numerosas *lex fori concursus* que serían indefinidas, inciertas e imprevisibles, lo que dificultaría, o imposibilitaría, la gestión de los riesgos operativos, amplificando así los riesgos sistémicos.

4. La excepción no especifica si se refiere a procedimientos de insolvencia de los participantes de un sistema o mercado o de otras personas. Así pues, quedan incluidos todos los procedimientos de insolvencia que afecten al funcionamiento del sistema o mercado descrito en la excepción.

5. No obstante ello, la excepción se refiere a los efectos de los procedimientos de insolvencia únicamente en los derechos y obligaciones de los participantes en el sistema o mercados a los que se refiere la excepción. Esos derechos y obligaciones pueden derivar de leyes o disposiciones reglamentarias, procedimientos o contratos, que rigen el funcionamiento del sistema o mercado, inciden en él o son de algún modo directamente pertinentes para el funcionamiento del sistema o mercado (p. ej., mecanismos de control de riesgos y de ahorro de liquidez). Incluyen los derechos y obligaciones de los participantes derivados de, o relacionados con: a) la liquidación y compensación de pagos; b) la asunción y el cumplimiento de obligaciones; c) el carácter definitivo de las transferencias; d) la novación; e) las ofertas abiertas u otros

acuerdos vinculantes por los cuales una entidad de contrapartida central pase a ser una contraparte en las operaciones con los participantes del mercado; f) el ofrecimiento de bienes en garantía para cubrir riesgos actuales y posibles riesgos futuros, y g) la constitución de diversos tipos de garantías. También puede tratarse de los derechos y obligaciones que surjan de contratos que sean directamente pertinentes para el funcionamiento de esos sistemas o mercados celebrados entre los participantes o entre el operador del sistema o mercado y terceros, o de derechos y obligaciones relacionados con esos contratos. Esos contratos pueden referirse a la compensación global de saldos netos, la ejecución de acuerdos de garantía, los acuerdos y garantías de respaldo crediticio y el tratamiento de las cláusulas *ipso facto*.

6. La intención no es que la excepción interfiera con la ley aplicable a los procedimientos de insolvencia que se abran con respecto a cualquier participante en un sistema de pago, compensación o liquidación, un mercado financiero regulado o un sistema multilateral de negociación. Por ejemplo: la Parte A, situada en el Estado A, participa en un mercado financiero regulado que se rige por la ley del Estado B y, en esa calidad, realiza operaciones con múltiples partes (B, C, D, etc.) en ese mercado. De conformidad con las presentes disposiciones legislativas, si se abre un procedimiento de insolvencia respecto de la Parte A en el Estado A, la *lex fori concursus* de ese Estado A se aplicará a todos los aspectos de ese procedimiento de insolvencia (p. ej., a la cuestión de si la Parte A cumple los requisitos para ser considerada deudora con arreglo a la ley de insolvencia del Estado A, si cumple con los requisitos que deben darse para la apertura del procedimiento, etc.) salvo los señalados en las presentes disposiciones legislativas, por ejemplo, en virtud de esta excepción, la ley del Estado B será la que determine los efectos del procedimiento de insolvencia abierto en el Estado A en las operaciones entre la Parte A y múltiples partes B, C, D, etc. en el mercado.

7. Además, los derechos y obligaciones que surjan de contratos y otras operaciones que guarden relación con los sistemas o mercados a los que se refiere la excepción, pero que no resulten directamente pertinentes a sus operaciones siguen rigiéndose por la *lex fori concursus*. Por ejemplo, en un sistema de pago, si la Parte A ordenó a su Banco B que transfiriera fondos a la cuenta de la Parte C abierta en el Banco D, la excepción será aplicable únicamente a los derechos y obligaciones derivados de esa orden de transferencia de fondos entre A y B, B y D, y D y C, pero no a los derechos y obligaciones que surjan de la operación realizada entre A y C que haya generado esa orden de transferencia de fondos: estos últimos derechos y obligaciones se registrarán por la *lex fori concursus*.

8. La ley aplicable a los sistemas y mercados a los que se refiere la excepción es la ley del Estado elegida por el propio sistema o mercado o, en su defecto, por sus participantes. Puede exigirse que se elija la ley del Estado en el cual al menos un participante tenga su sede social. La elección de la ley por el sistema o mercado o por los participantes está sujeta a la verificación de la autoridad competente, que no permitirá que se elija una ley que eluda el orden público fundamental de su Estado. Si no se hubiera elegido una ley o si la elección de la ley tuviera algún defecto, suele aplicarse la ley en que se encuentra ubicado el sistema o mercado.

9. Los sistemas o mercados a los que se refiere la excepción a menudo determinan, en las normas que rigen sus actividades, qué ley se aplicará a cada uno de los aspectos de sus operaciones. Es posible que estén obligados a determinar esa ley en virtud de alguna ley que resulte aplicable. Como estrategia de mitigación de riesgos, esos sistemas o mercados también suelen estar obligados a detectar los problemas de conflictos de leyes a que puedan dar lugar sus actividades y a analizarlos, así como a formular normas y procedimientos para mitigar esos riesgos.

10. La excepción se debe interpretar y aplicar con flexibilidad para lograr la finalidad deseada, que es proteger el interés público, contener el riesgo sistémico y asegurar la protección de los inversionistas, la integridad de los mercados financieros, y la estabilidad financiera. Los principios de neutralidad tecnológica, equivalencia funcional y no discriminación son pertinentes para la interpretación y aplicación de la

excepción, por lo que se prevé que la excepción se aplique a los sistemas o mercados a los que se hace referencia en ella, independientemente de la tecnología que se utilice en sus operaciones, siempre que se cumplan los criterios pertinentes para la aplicación de la excepción.

11. El tribunal del Estado de apertura del procedimiento de insolvencia podrá invocar la excepción de orden público (véase más adelante) si los efectos de la aplicación de una ley extranjera que resultaría aplicable en virtud de esta excepción fueran manifiestamente contrarios al orden público de ese Estado. Se esperaría que la *lex fori concursus* contuviera normas que permitieran determinar qué otra ley, si no es la propia *lex fori concursus*, se aplicará en ese caso.

### 3. Liquidación anticipada mediante compensación global de saldos netos al margen de los sistemas de pago, compensación y liquidación, mercados financieros regulados u otros sistemas multilaterales de negociación<sup>112</sup>

19. En su 63<sup>er</sup> período de sesiones, el Grupo de Trabajo pidió a la secretaría que redactara una excepción a la *lex fori concursus* para los acuerdos de liquidación anticipada mediante compensación global de saldos netos que no estuvieran incluidos en la excepción presentada más arriba para las infraestructuras de los mercados financieros, pero que fueran susceptibles de verse afectados por los riesgos del mercado. Se observó que ese tipo de acuerdos no solo se daban en los mercados financieros<sup>113</sup>. Se consideraron pertinentes los párrafos 22 y 23 del documento [A/CN.9/WG.V/WP.190](#), así como las disposiciones de los Principios relativos a la Aplicabilidad de las Cláusulas sobre Rescisión con Compensación por Saldos Netos del UNIDROIT (Principles on the Operation of Close-Out Netting Provisions) y los principios del Banco Mundial para regímenes eficientes de insolvencia y entre acreedores y deudores (World Bank Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes).

20. Cabe señalar al Grupo de Trabajo que ni en los Principios del Banco Mundial<sup>114</sup> ni en los Principios del UNIDROIT<sup>115</sup> se proponen normas para determinar la ley que regiría los efectos de los procedimientos de insolvencia en los acuerdos de liquidación anticipada mediante compensación global de saldos netos. A la luz de la divergencia entre las opiniones expresadas en el Grupo de Trabajo en cuanto al ámbito de aplicación de los Principios del UNIDROIT, el Grupo de Trabajo podría tener en cuenta que, en virtud de los principios 3 y 4 del UNIDROIT, la protección que proporcionan los acuerdos de liquidación anticipada mediante compensación global de saldos netos se aplica solo a las operaciones financieras en que es parte al menos una autoridad pública (p. ej. un banco central) o un participante en el mercado financiero que cumpla los requisitos necesarios. No obstante, en los principios se contempla que los Estados promulgantes puedan extender esa protección a otras situaciones, por ejemplo, a las partes contratantes que no sean una autoridad pública ni un participante en el mercado financiero que cumpla los requisitos necesarios<sup>116</sup> y a otras operaciones (p. ej., a la venta, compra o entrega de los productos básicos fungibles)<sup>117</sup>.

<sup>112</sup> La secretaría celebró nuevas consultas sobre las cuestiones que se tratan en esta sección con expertos que habían participado en la reunión del grupo de expertos de junio de 2023 (véase el párr. 15 de [A/CN.9/WG.V/WP.190](#)). Los resultados de esas consultas han sido plasmados en la disposición legislativa y en las notas de la secretaría que la preceden.

<sup>113</sup> [A/CN.9/1163](#), párr. 72.

<sup>114</sup> Véanse el principio C10.4 y su nota 9.

<sup>115</sup> Véase el párr. 12: “[L]a protección que otorga la operación de las cláusulas de liquidación anticipada mediante compensación global de saldos netos consagrada en los principios podría aplicarse incluso en los procedimientos que se sustancien de conformidad con la ley de un Estado que no sea el Estado promulgante. Esto puede ocurrir, por ejemplo, cuando una norma de derecho internacional privado o de derecho internacional de insolvencia del foro lleva a la aplicación de la ley del Estado promulgante, o las partes han elegido la ley del Estado promulgante y el tribunal competente acepta la elección de la ley hecha por las partes. Sin embargo, en los principios no se proponen esas normas para determinar la ley aplicable”.

<sup>116</sup> Véase el comentario al principio 4, párrs. 82 a 85.

<sup>117</sup> *Ibid.*, párrs. 86 y 87.

21. Como se señala en el párrafo 21 del documento [A/CN.9/WG.V/WP.190](#), los acuerdos de liquidación anticipada mediante compensación global de saldos netos se utilizan en distintos contextos. Por ejemplo, se utilizan en el contexto de los grupos de empresas en los sistemas de caja única (“*cash-pooling*”), en los contratos mayoristas de la energía, en los contratos de futuros sobre materias primas, en las operaciones de derivados no estandarizadas que se realizan en el mercado extrabursátil que tal vez no cumplan los requisitos para ser compensadas o liquidadas mediante infraestructuras de los mercados financieros, y en el contexto de las compañías aéreas y empresas similares para las que los precios fluctúan rápidamente o en otras circunstancias justificadas (p. ej., los incumplimientos entre las partes pueden producir un riesgo sistémico para los sistemas o mercados alcanzados por la excepción para las infraestructuras de los mercados financieros)<sup>118</sup>.

22. Las partes en operaciones bilaterales o multilaterales suscriben estos acuerdos con el objetivo único o principal de dar certeza y asegurar la protección de todas las partes en caso de incumplimiento de una de ellas. Las partes en esos acuerdos pueden estar situadas en el mismo Estado o en Estados diferentes. Tienen la libertad de elegir la ley del Estado que rige los acuerdos de liquidación anticipada mediante compensación de saldos netos, y obviamente eligen la ley de un Estado que protege esos acuerdos de liquidación, algo que no ocurre en las leyes de todos los Estados.

23. De conformidad con las consideraciones precedentes y lo solicitado por el Grupo de Trabajo, la secretaría redactó una disposición legislativa, que en la presente etapa no va acompañada de un comentario, para que fuera examinada por el Grupo de Trabajo. La disposición legislativa se redactó en el entendimiento de que el Estado que promulgaría las disposiciones legislativas sería el más indicado para delimitar el ámbito de aplicación de esta excepción, tanto en lo que respecta a las partes como a las operaciones que cumplan los requisitos necesarios.

24. La disposición legislativa contiene una salvaguardia según la cual el tribunal del Estado de apertura del procedimiento de insolvencia puede dejar de lado la ley elegida por las partes si esta última no guarda ninguna relación sustancial con las partes ni con el acuerdo y si no existe ningún otro motivo razonable para aplicar esa ley. También puede aplicarse una excepción de orden público en circunstancias apropiadas. Dependiendo de los factores de conexión, puede aplicarse la propia *lex fori concursus* u otra ley que guarde una relación más estrecha con la cuestión en vez de la ley que se dejó de lado (p. ej., la *lex rei sitae* si los acuerdos de liquidación anticipada guardan relación con una garantía o un derecho real situado en otra jurisdicción).

25. Dadas las consecuencias que tiene esta excepción en lo que respecta al trato equitativo de los acreedores que se encuentren en una situación similar en el procedimiento de insolvencia, el Grupo de Trabajo podría considerar si se requieren otras salvaguardias distintas o salvaguardias adicionales. También podría considerar si en las disposiciones debería preverse la aplicación de una paralización breve o de alguna otra medida temporal<sup>119</sup> si esas medidas fueran aplicables de conformidad con la *lex fori concursus* u otro régimen de solución que resultara aplicable a un banco o institución similar, pero que no resultara aplicable en virtud de la ley elegida por las partes para regir el acuerdo. En este contexto, cabe recordar que, tal como se prevé en las disposiciones legislativas, los bancos y las entidades financieras similares pueden excluirse o no del ámbito de aplicación de las disposiciones legislativas.

26. Como se señaló en el 63<sup>er</sup> período de sesiones del Grupo de Trabajo y teniendo en cuenta lo indicado en el párrafo 13 de la presente nota de la Secretaría en relación con la disposición sobre la *lex fori concursus*, la viabilidad de mantener la distinción entre los acuerdos de compensación y los acuerdos de liquidación anticipada en todo el

<sup>118</sup> Véase el principio 4, “Key considerations in respect of this definition”. (Consideraciones fundamentales sobre esta definición).

<sup>119</sup> Véase el principio 8 del UNIDROIT y su comentario.

proyecto de texto tendría que evaluarse a la luz de las prácticas y leyes vigentes<sup>120</sup>. De todos modos, sería necesario resolver el conflicto que pudiera surgir entre la excepción propuesta y el apartado i) de la lista en que se enumeran los aspectos a los que se aplicaría la *lex fori concursus* respecto del tratamiento de la compensación, las excepciones que se hicieran a ese apartado y el comentario pertinente<sup>121</sup>.

#### Disposición legislativa

**Ley que rige los efectos del procedimiento de insolvencia en los acuerdos de liquidación anticipada mediante compensación de saldos netos al margen de los sistemas de pago, compensación y liquidación, los mercados financieros regulados u otros sistemas multilaterales de negociación**

Los efectos de los procedimientos de insolvencia en la operación de un acuerdo de liquidación mediante compensación de saldos netos entre un deudor [que es [el Estado añadirá los requisitos que debe cumplir el deudor]] y [el Estado añadirá los requisitos que deben cumplir las contrapartes] celebrado respecto a [el Estado añadirá los requisitos que deben cumplir las operaciones] se regirán por la ley elegida por las partes en ese acuerdo, a menos que esa ley no tenga ninguna relación sustancial con las partes ni con el acuerdo y no exista ningún otro fundamento razonable para aplicarla.

#### 4. Procesos arbitrales en curso

27. En el informe del Grupo de Trabajo sobre su 63<sup>er</sup> período de sesiones figura un resumen sobre las deliberaciones mantenidas por el Grupo de Trabajo sobre este tema en ese período de sesiones (A/CN.9/1163, párr. 73). Debido a la falta de tiempo, el Grupo de Trabajo no pudo examinar en detalle todas las cuestiones planteadas en los párrafos 25 a 34 del documento A/CN.9/WG.V/WP.190 ni ponerse de acuerdo en los criterios que se utilizarían para tratarlas. El Grupo de Trabajo tal vez desee proseguir esas deliberaciones, en particular sobre la conveniencia de incluir una excepción a la *lex fori concursus* para los procesos arbitrales en curso, considerando esa cuestión de manera holística, junto con la ley que rige los efectos de los procedimientos de insolvencia en los procesos judiciales en curso. Es posible que sea necesario discutir la paralización del proceso arbitral y otras cuestiones que se propuso debatir en períodos de sesiones anteriores del Grupo de Trabajo, como la posibilidad que tendría continuamente el deudor de recurrir al arbitraje, tras la apertura de un procedimiento de insolvencia.

28. Si el Grupo de Trabajo decidiera añadir esa excepción, debería también ponerse de acuerdo respecto de su alcance y la ley que debería regir los efectos del procedimiento de insolvencia en el proceso arbitral en curso. Con respecto a este contexto, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la conveniencia de emplear los términos *lex arbitri* o *lex loci arbitri* (este último término se sugirió en el 63<sup>er</sup> período de sesiones<sup>122</sup>), señalando que esos términos pueden referirse a la misma ley o a leyes diferentes<sup>123</sup>, pero que de todos modos se entienden en general como términos que se refieren a la ley que

<sup>120</sup> Como se señala en el comentario sobre los Principios del UNIDROIT, “a menudo se entiende que la liquidación anticipada mediante compensación de saldos netos se asemeja al concepto clásico de compensación, aplicado al caso de incumplimiento o insolvencia de una de las partes”. Según los Principios del UNIDROIT, “la compensación queda encuadrada en el ámbito de aplicación de los Principios cuando las partes en una cláusula de liquidación anticipada mediante compensación han acordado en esa cláusula la compensación de sus obligaciones recíprocas, o cuando según los principios de derecho aplicables corresponde realizar una compensación en lo que concierne al componente agregado de una cláusula de liquidación anticipada mediante compensación”.

<sup>121</sup> Véase A/CN.9/WG.V/WP.190, párr. 23.

<sup>122</sup> A/CN.9/1163, párr. 50.

<sup>123</sup> En la *Guía de la secretaría de la CNUDMI relativa a la Convención de Nueva York* se reconoce que esta situación es poco común: “Los tribunales han decidido en cambio que se trata de la ley procesal aplicable al arbitraje, en las pocas situaciones en que las partes han elegido una ley para regir el arbitraje que es diferente de la ley del lugar del arbitraje”. (Véase el párr. 23 en relación con el artículo V-1 e).

trata exclusivamente cuestiones arbitrales. Además, el Grupo de Trabajo podría confirmar si la excepción, en caso de añadirse, abarcaría únicamente el arbitraje internacional o también el arbitraje nacional en el sentido que se da al primero en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (art. 1), y si se referiría a todos los procesos arbitrales a los que la excepción haga referencia, con independencia del lugar en que se celebren. Por último, como se señaló en el contexto del apartado h) sobre la *lex fori concursus* y su comentario relativo a los acuerdos de arbitraje, el Grupo de Trabajo tal vez podría examinar las consecuencias que tendría, en relación con el apartado h), el hecho de incluir esa excepción, así como las consiguientes modificaciones que tal vez sería necesario realizar en el comentario pertinente.

## C. Excepción de orden público

29. La disposición legislativa que figura a continuación se basa en los proyectos presentados al Grupo de Trabajo en sus períodos de sesiones anteriores. Habida cuenta de la divergencia entre las opiniones expresadas en cuanto al contenido de la disposición, el texto se ha colocado entre corchetes para que sea examinado más adelante<sup>124</sup>.

### 1. Disposición legislativa

#### Excepción de orden público

[El tribunal podrá negarse a aplicar la ley extranjera [solo] si los efectos de la aplicación de esa ley fueran manifiestamente contrarios al orden público del Estado del tribunal].

### 2. Comentario

1. La excepción de orden público permite a los tribunales no aplicar la ley extranjera que se determina, de conformidad con las disposiciones de este capítulo, que es la ley aplicable (p. ej., la ley aplicable al contrato o relación laboral o la ley del sistema o mercado). Esta excepción puede invocarse [solo] si el tribunal comprueba que los efectos de la aplicación de esa ley serían manifiestamente contrarios al orden público del Estado del tribunal.

2. 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. Esa intención se da a entender con la palabra “manifiestamente” que figura 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 en que se ha abierto el procedimiento de insolvencia. Esa interpretación estricta y restringida de la excepción debe hacerse siempre, cualquiera sea el tipo de procedimiento (liquidación o reorganización).

3. Las repercusiones para el orden público que tenga la aplicación de la ley extranjera a la que se refieren las disposiciones legislativas de este capítulo deben evaluarse en cada caso concreto. Según la interpretación y aplicación estrictas y restringidas que se ha querido que se dé a la disposición legislativa, cabe esperar que se invoque una excepción de orden público cuando la ley extranjera pertinente, según se aplique a los hechos del caso, atentaría contra la seguridad o la soberanía del Estado en que se ha abierto el procedimiento de insolvencia o produciría un resultado que se aparte tan radicalmente de los conceptos de justicia fundamental de ese Estado que su aplicación resultaría intolerablemente ofensiva para los valores fundamentales de este. Sería el caso, por ejemplo, de que la aplicación de la ley extranjera a la que se hace

<sup>124</sup> A/CN.9/1163, párr. 58.

referencia en las disposiciones legislativas del presente capítulo tuviera la consecuencia de legitimar efectivamente planes o prácticas ilegales (p. ej., eludir la ley aplicable u obligaciones de cumplimiento imperativo, como obligaciones relativas al medio ambiente y los derechos humanos y otras responsabilidades sociales, o hacer uso de la ley para alcanzar objetivos que respondan a motivos políticos).

4. Las consecuencias que tendría no aplicar por motivos de orden público la ley extranjera que de otro modo resultaría aplicable se abordarían en la *lex fori concursus*. Dependiendo de cuáles fueran los factores de conexión, podría aplicarse la propia *lex fori concursus* u otra ley que guardara una relación más estrecha con la cuestión de que se trate en vez de la ley extranjera que se haya dejado de lado.

### Capítulo III. Reconocimiento de los efectos de la *lex fori concursus* y otras leyes aplicadas por el tribunal extranjero<sup>125</sup>

30. Las disposiciones legislativas se han redactado sobre la base de las disposiciones pertinentes de las leyes modelo de insolvencia de la CNUDMI y de modo que reflejaran los comentarios formulados en el 63<sup>er</sup> período de sesiones del Grupo de Trabajo<sup>126</sup>. Dependiendo de la forma que se adopte para el texto final, puede ser necesario transponer varias definiciones de las leyes modelo de insolvencia de la CNUDMI a la parte de este texto relativa a las definiciones. Entre esas definiciones figurarían las de “procedimiento extranjero”, “procedimiento extranjero principal”, “procedimiento extranjero no principal”, “procedimiento de planificación extranjero” (y otros términos vinculados a estos) y “tribunal extranjero”. En cambio, si se decidiera que el texto final constituirá un suplemento de una ley modelo de la CNUDMI sobre insolvencia, tal vez no sea necesario reproducir en el texto esas definiciones ni otras, por ejemplo, las disposiciones sobre la excepción de orden público.

31. No se ha redactado ningún comentario sobre las disposiciones legislativas a la espera de que el Grupo de Trabajo examine esas disposiciones y varias otras cuestiones que son consecuencia de ellas. Por ejemplo, la secretaría no redactó una disposición para los procedimientos que no son ni procedimientos extranjeros principales ni procedimientos extranjeros no principales porque supuso que no se abordarían en el texto. Tampoco redactó disposiciones separadas sobre la adopción de medidas para los diferentes tipos de procedimientos extranjeros a los que se refiere el texto (procedimientos extranjeros principales, no principales y de planificación), en la suposición de que se aplicaría a todos ellos una única disposición sobre medidas, y que las medidas previstas en el presente capítulo serían siempre discrecionales. Además, la secretaría partió del supuesto de que al tribunal que debiera decidir sobre el reconocimiento no le sería posible realizar una selección selectiva y que las medidas no podrían aplicarse provisionalmente. El Grupo de Trabajo podría confirmar si esas suposiciones son correctas.

#### Disposiciones legislativas

##### **Dar efecto a la *lex fori concursus* y otras leyes aplicadas por el tribunal extranjero**

Tras el reconocimiento de un procedimiento (de planificación) extranjero, el tribunal podrá conceder a ese procedimiento medidas dando efecto a la *lex fori concursus* y a otras leyes aplicadas por el tribunal extranjero.

##### **Excepción de orden público**

Nada de lo dispuesto en la disposición precedente impedirá al tribunal denegar el otorgamiento de medidas si otorgarlas sería manifiestamente contrario al orden público de su Estado.

##### **Otros motivos para denegar el otorgamiento de medidas**

El tribunal [podrá denegar] [denegará] el otorgamiento de medidas si el tribunal extranjero aplicó una ley diferente de la prevista en el capítulo II del presente texto para las mismas cuestiones [a menos que exista un motivo razonable para que el tribunal extranjero aplique una ley diferente para esas cuestiones en el caso concreto].

##### **Protección de los acreedores y otras personas interesadas**

Al otorgar o denegar medidas o al modificarlas o ponerles fin, el tribunal deberá asegurarse de que quedan debidamente protegidos los intereses de los acreedores y de otras personas interesadas, incluido el deudor. En cuanto a los acreedores garantizados, el tribunal deberá además comprobar que la ley que se aplicó a los

<sup>125</sup> *Ibid.*, párr. 75.

<sup>126</sup> *Ibid.*, párrs. 75 a 80.

efectos del procedimiento de insolvencia en el tratamiento de los acreedores garantizados:

a) reconoce que una garantía real que es eficaz y exigible en virtud de una ley distinta de la ley de insolvencia es eficaz y exigible también en el procedimiento de insolvencia<sup>127</sup>;

b) solo aplica un período breve de paralización a los acreedores garantizados en el procedimiento de liquidación<sup>128</sup>;

c) da derecho al acreedor garantizado, previa solicitud al tribunal, a proteger el valor de los bienes gravados sobre los que tiene una garantía real<sup>129</sup>, y

d) contempla que se otorgue una exención de los efectos de la paralización del procedimiento por solicitud del acreedor garantizado que solicite al tribunal esa medida sobre la base, por ejemplo, de que el bien gravado no es necesario para una eventual reorganización o venta de la empresa del deudor, o que el valor del bien gravado está disminuyendo como consecuencia de la apertura del procedimiento de insolvencia y que el acreedor garantizado no está protegido contra esa reducción del valor, o que el plan de reorganización no se ha aprobado en el plazo pertinente<sup>130</sup>.

### **Coordinación del otorgamiento de medidas en procedimientos paralelos**

1. El tribunal podrá negarse a otorgar una medida si otorgarla interferiría con la administración de un procedimiento extranjero principal.
2. La medida no podrá otorgarse a un procedimiento extranjero no principal si su otorgamiento produciría efectos en los bienes que, con arreglo al derecho interno, no deberían administrarse en el procedimiento extranjero no principal o si la medida se refiriera a información que no es necesaria en ese procedimiento.
3. La medida no podrá otorgarse al procedimiento de planificación extranjero si su otorgamiento produciría efectos en los bienes y operaciones de una empresa de un grupo que no fuera objeto de un procedimiento de insolvencia, a menos que el procedimiento de insolvencia no se hubiera abierto con el fin de reducir al mínimo la posibilidad de que se abriera un procedimiento de insolvencia.
4. Las medidas que se otorguen a un procedimiento extranjero no principal deberán guardar coherencia con el procedimiento extranjero principal. El tribunal revisará, modificará o pondrá fin a las medidas vigentes que no guarden coherencia con el procedimiento extranjero principal.
5. El tribunal otorgará, revisará, modificará o pondrá fin a las medidas otorgadas a procedimientos extranjeros no principales con el fin de facilitar la coordinación de esos procedimientos.

<sup>127</sup> Véase la recomendación 4 de la *Guía*.

<sup>128</sup> *Ibid.*, recomendación 49 c) y comentario.

<sup>129</sup> Algunas medidas de protección adecuadas son el pago en efectivo con cargo a la masa y la constitución de otras garantías reales. Véanse, *ibid.*, la recomendación 50 y comentario.

<sup>130</sup> *Ibid.*, recomendación 51 y su comentario.