



Asamblea General

Distr. general
1 de marzo de 2021
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

54º período de sesiones

Viena, 28 de junio a 16 de julio de 2021

Informe del Coloquio sobre la Ley Aplicable en Procedimientos de Insolvencia (Viena, 11 de diciembre de 2020)

Índice

	<i>Página</i>
I. Introducción	2
II. Resumen de los temas tratados en el Coloquio	3
A. Observaciones generales	3
B. Ley aplicable en procedimientos de insolvencia: sinopsis	4
C. Ley aplicable en la insolvencia transfronteriza: consecuencias prácticas	8
D. Ley aplicable en procedimientos de insolvencia: consecuencias regionales	11
E. Posible labor de la CNUDMI y la HCCH sobre el procedimiento de insolvencia aplicable	16
III. Conclusiones	18



I. Introducción

1. El Coloquio sobre la Ley Aplicable en Procedimientos de Insolvencia se celebró en Viena (en línea) el 11 de diciembre de 2020, a continuación del 57° período de sesiones del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia), que tuvo lugar del 7 al 10 de diciembre de 2020¹.

2. El Coloquio fue organizado por la secretaría de la CNUDMI, en cooperación con la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH)², de conformidad con la solicitud formulada por la Comisión en su 52° período de sesiones, celebrado en 2019. En ese período de sesiones, tras examinar una propuesta para una posible labor futura presentada por la Unión Europea sobre la armonización de la ley aplicable en los procedimientos de insolvencia (A/CN.9/995), la Comisión estuvo de acuerdo en que se trataba de un tema relevante, que complementaba la importante labor ya realizada por la CNUDMI con respecto al régimen de la insolvencia, en particular la insolvencia transfronteriza³. Asimismo, la Comisión había observado que “la cuestión podía ser compleja y requería un alto nivel de conocimientos especializados sobre diversos temas de derecho internacional privado, así como en lo relativo a la elección de la ley aplicable en ámbitos como el derecho de los contratos, el derecho de los bienes, el derecho de sociedades, el régimen legal de los títulos valores, el derecho bancario y otras materias en que la Comisión no había trabajado recientemente” y que era esencial definir cuidadosamente el alcance y la naturaleza de la labor que podría emprender al respecto. Con ese fin, la Comisión había pedido a su secretaría que, en colaboración con otras organizaciones internacionales pertinentes, organizara un coloquio para aclarar aún más y afinar diversos aspectos de la posible labor futura de la Comisión en materia de derecho aplicable en los procedimientos de insolvencia, a fin de que la Comisión los examinara en su 53^{er} período de sesiones, en 2020.

3. Debido a las medidas de mitigación que fue necesario adoptar por la pandemia de COVID-19, la celebración del 57° período de sesiones del Grupo de Trabajo V se aplazó de mayo a diciembre de 2020, al igual que el coloquio conexo, cuya celebración había sido prevista originalmente para el 15 de mayo de 2020. En la continuación de su 53^{er} período de sesiones, celebrada en 2021, la Comisión solicitó a su secretaría que organizara un coloquio sobre la ley aplicable en los procedimientos de insolvencia el 11 de diciembre de 2020, tras la conclusión del 57° período de sesiones del Grupo de Trabajo V, y que le presentara un informe sobre las conclusiones del coloquio en su 54° período de sesiones que se celebraría en 2021⁴.

4. Asistieron al Coloquio en línea más de 130 participantes de 40 Estados; de esos Estados, 12 seguían la tradición del *common law* y 28 la tradición jurídica romanista. A fin de obtener más opiniones, después del Coloquio se distribuyó a los participantes un cuestionario en línea sobre la ley aplicable en procedimientos de insolvencia y las perspectivas de labor futura de la CNUDMI en esa esfera⁵.

¹ La página web sobre el Coloquio, que incluye enlaces al programa y grabaciones de audio, así como una nota conceptual, puede consultarse en <https://uncitral.un.org/es/applicablelawcolloquium>.

² La Comisión tal vez desee tener en cuenta que se prevé que el Consejo de Asuntos Generales y Política de la HCCH adopte una decisión sobre la posible labor futura de la HCCH durante su período de sesiones, que tendrá lugar del 1 al 5 de marzo de 2021.

³ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 17 (A/74/17)*, párr. 206.

⁴ *Ibid.*, septuagésimo quinto período de sesiones, suplemento núm. 17 (A/75/17), párrs. 16 c) y 66.

⁵ Se solicitó que se contestaran las siguientes preguntas: a) ¿socava la actual falta de uniformidad respecto de la ley aplicable en los procedimientos de insolvencia transfronteriza los fines de esos procedimientos o crea obstáculos para alcanzarlos?; b) ¿sería viable que se armonizaran las normas sobre la ley aplicable en esta esfera?; c) ¿debería la labor general en materia de insolvencia que ha venido realizando la CNUDMI hasta la fecha complementarse con labor en la esfera de la ley aplicable en procedimientos de insolvencia? y d) si se emprendiera labor en esta esfera, ¿qué cuestiones concretas deberían tratarse como cuestiones prioritarias (por ejemplo, acciones de anulación, derechos reales, contratos de trabajo, compensaciones, procedimientos en curso)? Para un resumen de las respuestas que se dieron al cuestionario en línea, véase el párr. 46 *infra*.

5. El Coloquio se estructuró en torno a cuatro temas principales: a) una sinopsis de la situación actual de la ley aplicable en los procedimientos de insolvencia; b) las consecuencias prácticas de la ley aplicable en la insolvencia transfronteriza; c) la ley aplicable en los procedimientos de insolvencia desde la perspectiva de distintas regiones, y d) la posible labor futura sobre la ley aplicable en los procedimientos de insolvencia. Habida cuenta de que no se disponía de demasiado tiempo para celebrar el Coloquio como consecuencia de haberse celebrado en línea, no fue posible examinar otras cuestiones además de estos cuatro temas principales, por ejemplo, las cuestiones puntuales que se habían seleccionado para debatir a efectos de ilustrar el problema (a saber: derechos reales, acciones revocatorias (acciones de anulación), valores y otros instrumentos financieros, así como los créditos de los acreedores locales).

II. Resumen de los temas tratados en el Coloquio

A. Observaciones generales

6. En el contexto de los procedimientos de insolvencia transfronteriza relativos a partes o bienes ubicados en distintos Estados, podrían plantearse cuestiones complejas sobre cuál sería la ley aplicable a los asuntos relacionados con la validez y eficacia de esos derechos respecto de esos bienes o créditos, así como respecto del tratamiento de esos bienes y de los derechos y créditos de las partes extranjeras en el procedimiento de insolvencia. En esos casos, el Estado del foro normalmente aplicaría sus normas de derecho internacional privado para determinar la ley aplicable a la validez y eficacia de un derecho o crédito y su tratamiento en el procedimiento de insolvencia. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza no contenía normas sobre conflictos de leyes y dejaba en manos de los Estados promulgantes el establecimiento de normas y prácticas. Si bien el procedimiento de insolvencia se regiría en general por la ley del Estado en que se hubiera abierto el procedimiento (la *lex fori concursus*), muchos Estados habían adoptado excepciones a esa norma, que variaban en número y alcance, generando incertidumbre e imprevisión para las partes interesadas en el procedimiento de insolvencia transfronteriza. Por lo tanto, se habían realizado algunos esfuerzos⁶ para que las leyes de insolvencia abordaran cuestiones relativas a la ley aplicable de forma transparente y previsible para dar seguridad en relación con los efectos de los procedimientos de insolvencia sobre los derechos y los créditos de las partes interesadas afectadas por esos procedimientos.

7. Un ejemplo de esa labor podía encontrarse en la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia*, en que figuraba una sección con un comentario general sobre la ley aplicable en el procedimiento de insolvencia, seguida por cinco recomendaciones para los legisladores⁷. Esa sección de la *Guía legislativa* había sido elaborada en estrecha cooperación con la HCCH, tras la distribución de un cuestionario dirigido a los Estados miembros de la Conferencia de La Haya (véase el párr. 41 *infra*) y la organización de una reunión de redacción en que participaron expertos de la CNUDMI y de la HCCH⁸. En la *Guía legislativa* de la CNUDMI se recomendaba que el régimen aplicable a la validez y eficacia de los derechos y créditos existentes en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia fuera establecido por las normas de derecho internacional privado del Estado en que se abriera ese procedimiento (recomendación 30) y que la ley de insolvencia del Estado en el que se abriera el procedimiento de insolvencia (*lex fori concursus*) se aplicara a todos los aspectos de la apertura, la sustanciación, la administración y la conclusión de dicho procedimiento y sus efectos (recomendación 31), y se enumeraban varios ejemplos (la impugnación de

⁶ En la nota de concepto que se cita en la nota 1 *supra* figuran otros ejemplos además de los que se mencionan en los párrs. 8 y 9.

⁷ *Guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia (Guía legislativa)*, Segunda parte: I. Solicitud y apertura del procedimiento de insolvencia; C. Régimen aplicable a los procedimientos de insolvencia, párrs. 80 y 91 y recomendaciones 30 a 34.

⁸ HCCH, Prel. Doc. de 14 de diciembre de 2019, “Future joint work of UNCITRAL and the HCCH on Insolvency”, párr. 5 y ss.

ciertas operaciones perjudiciales, el tratamiento de los contratos, la compensación, el tratamiento de los acreedores garantizados, el tratamiento y clasificación de los créditos, la distribución del producto y la exoneración, entre otros). En la *Guía legislativa* también se recomendaba establecer excepciones a la aplicación de la norma general de la *lex fori concursus* respecto de los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los derechos y obligaciones de los participantes en un sistema de pago o en un mercado financiero regulado (recomendación 32), que se regirían por la ley aplicable a ese sistema o mercado y respecto del rechazo, la continuación y la modificación de los contratos de trabajo (recomendación 33), que se regirían por la ley aplicable a ese contrato. También se recomendaba que si se añadían nuevas excepciones a la regla general, su número debería ser limitado y su contenido había de señalarse claramente en el régimen de la insolvencia (recomendación 34).

8. En el contexto europeo, concretamente en el Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia (en adelante “texto refundido del Reglamento de la Unión Europea”), que sustituyó al Reglamento del Consejo (CE) 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia, figuraban otras normas orientadas a armonizar la ley aplicable en el procedimiento de insolvencia. Al igual que el texto original del Reglamento de la Unión Europea, en el texto refundido figuraban normas detalladas sobre conflictos de leyes en relación con los procedimientos de insolvencia relativos a deudores cuyo centro de intereses principales estuviera situado en la Unión Europea que realizaran operaciones en más de un Estado miembro, reconociendo así el alcance universal de los procedimientos de insolvencia abiertos en el Estado miembro en que el deudor tuviera su centro de intereses principales. Una vez más, era la norma general de la *lex fori concursus* la que resultaba aplicable en principio tanto en el procedimiento principal como en el secundario⁹ y la que determinaría las condiciones para la apertura del procedimiento, así como su desarrollo y conclusión (por ejemplo, los deudores respecto de los cuales podría abrirse un procedimiento de insolvencia; los efectos en los contratos vigentes en los que el deudor fuera parte; las normas relativas a la presentación, examen y reconocimiento de los créditos). En los artículos siguientes se establecían excepciones puntuales a la norma general de la *lex fori concursus*¹⁰.

B. Ley aplicable en procedimientos de insolvencia: sinopsis

9. En el debate de apertura del Coloquio se presentó una sinopsis de las principales cuestiones y de los logros alcanzados hasta la fecha en relación con la armonización de la ley aplicable en los procedimientos de insolvencia en el contexto transfronterizo en relación con los textos de insolvencia de la CNUDMI, a la que siguió una exposición sobre el régimen aplicable en la Unión Europea. Se señaló que la armonización de la ley aplicable en los procedimientos de insolvencia no se refería al proceso de armonización del derecho sustantivo de la insolvencia, sino a la armonización de las normas sobre la elección de la ley aplicable en el procedimiento de insolvencia para poder determinar por adelantado la ley que se aplicaría en la insolvencia y evitar conflictos. Se puso énfasis en que era importante que se trazara una distinción entre la ley aplicable a la validez y eficacia de los derechos y los créditos nacidos con anterioridad a la insolvencia (por ejemplo, la ley aplicable a la validez de un derecho contractual o garantía) y la ley aplicable al procedimiento de insolvencia y sus efectos (es decir, los efectos de la insolvencia en esos derechos, y si, por ejemplo, podría anularse o suspenderse el ejercicio de esos derechos o el darles efecto como consecuencia del procedimiento de insolvencia).

10. En la primera exposición se examinó, siguiendo un orden cronológico, la labor ya concluida por la CNUDMI en relación con el régimen de insolvencia, en particular la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza (1997), la *Guía legislativa*

⁹ Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia (texto refundido del Reglamento de la Unión Europea), arts. 7 y 35.

¹⁰ *Ibid.*, arts. 8 a 18.

(partes primera y segunda (2004), tercera (2012) y cuarta (2^{da} ed., 2019)), la Ley Modelo sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Relacionadas con Casos de Insolvencia (2018) y la Ley Modelo sobre la Insolvencia de Grupos de Empresas (2019).

11. Se observó que en la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza no se intentaba unificar todos los aspectos del derecho internacional privado relativos a la insolvencia, sino más bien seguir el criterio universal modificado¹¹, según el cual se centralizaba el procedimiento de insolvencia transfronterizo, en la medida de lo posible, en una única jurisdicción. En la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza ello se lograba mediante un mecanismo por el que se reconocían el procedimiento principal (y se otorgaban medidas) y se establecía la obligación de los tribunales y representantes de la insolvencia de cooperar en la mayor medida de lo posible en la sustanciación del procedimiento de insolvencia transfronterizo¹². La Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza disponía que debía reconocerse un procedimiento extranjero principal abierto en el Estado en que el deudor tuviera el centro de sus principales intereses (CPI), de conformidad con la forma establecida en esa Ley Modelo y las explicaciones de la guía para su incorporación al derecho interno e interpretación¹³. Algunas medidas (por ejemplo, una medida de paralización de las enumeradas en el art. 20) se aplicaban automáticamente tras el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal y otras medidas facultativas podían otorgarse al reconocerse el procedimiento extranjero principal o no principal, con sujeción a determinadas salvaguardias (por ejemplo, que el tribunal ante el cual se presentara la solicitud de reconocimiento se asegurara de que los intereses de los acreedores se encontraran adecuadamente protegidos)¹⁴. Cabe señalar que, si bien la Ley Modelo no trataba expresamente la cuestión de la ley aplicable en el procedimiento de insolvencia, al centrarse en las acciones del tribunal ante el cual se presentaba la solicitud de reconocimiento de un procedimiento principal extranjero y de conformidad con el enfoque del criterio universal modificado, sí sugería que ese tribunal se remitiera a la ley del procedimiento principal extranjero al otorgar medidas facultativas para facilitar que se tratara la insolvencia integralmente en una única jurisdicción.

12. Se observó que en la *Guía legislativa* de la CNUDMI se trataban solo hasta cierto punto las cuestiones de derecho internacional privado relativas a la insolvencia. En cuanto al establecimiento de la jurisdicción de los procedimientos de insolvencia, en la *Guía legislativa* se recomendaba la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (recomendación 5), en que se utilizaba el concepto del CPI del deudor como criterio para establecer la jurisdicción del procedimiento principal extranjero, y el concepto del establecimiento del deudor (art. 2 f) para establecer la jurisdicción de un procedimiento extranjero no principal. En cuanto a las cuestiones relacionadas con la ley aplicable, como se señaló precedentemente en mayor detalle (párr. 7), en las recomendaciones de la *Guía legislativa* se distinguía claramente entre la ley aplicable a la validez y eficacia de los derechos y deudas vigentes en el momento de la insolvencia, que debía ser establecida por las normas de derecho internacional privado del Estado en que se abriera el procedimiento de insolvencia (recomendación 30), y la ley aplicable al procedimiento de insolvencia y sus efectos, que debía regirse en general por la *lex fori concursus*

¹¹ El enfoque teórico clásico de la insolvencia transfronteriza giraba en torno de dos criterios concurrentes: el criterio universal, con arreglo al cual en un único procedimiento de insolvencia se trataba la insolvencia transfronteriza del deudor y se incluían todos los bienes y deudas de este, sin importar dónde se encontraran; y el criterio territorial, con arreglo al cual se abrían múltiples procedimientos en distintas jurisdicciones, en cada una de las cuales se aplicaba su propia ley de la insolvencia. El criterio universal modificado, que era el enfoque que se recogía en la actual arquitectura de la insolvencia transfronteriza, permitía que se abriera más de un conjunto de procedimientos de insolvencia, aunque intentaba maximizar la cooperación y coordinación entre estos, y que se adoptara una perspectiva global respecto de la insolvencia transfronteriza al establecerse un procedimiento principal.

¹² Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (1997), arts. 25 a 27.

¹³ *Ibid.*, arts. 15 a 17, y *Guía para la incorporación al derecho interno y la interpretación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza*, párrs. 141 a 147.

¹⁴ *Ibid.*, arts. 20 y 21.

(recomendación 31), con sujeción a determinadas excepciones puntuales y claramente establecidas (recomendaciones 32 a 34). Se observó que en la *Guía legislativa* se advertía que la aplicación de una excepción a la *lex fori concursus* respecto de los efectos de la insolvencia podía dar lugar a un tratamiento diferenciado de los efectos de la insolvencia a acreedores que se encontraran en situaciones similares solo en razón de que las leyes aplicables a sus derechos y créditos fueran distintas¹⁵.

13. En cuanto a la Ley Modelo sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Relacionadas con Casos de Insolvencia, se observó que, al igual que otras leyes modelos, la intención era que ese instrumento lograra uniformidad al incorporarlo los Estados a su derecho interno y que complementara la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza al procurar resolver la incertidumbre que se planteaba acerca de si las medidas otorgables a las que se hacía referencia en el artículo 21 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza incluían el reconocimiento y la ejecución de una sentencia relacionada con un caso de insolvencia. La Ley Modelo sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Relacionadas con Casos de Insolvencia no solo disponía expresamente el reconocimiento y la ejecución de las sentencias relacionadas con casos de insolvencia, sino que contenía normas armonizadas sobre el procedimiento que debía seguirse para obtener ese reconocimiento y ejecución, y establecía motivos puntuales que autorizaban al tribunal a denegar el reconocimiento y la ejecución de esas sentencias. La Ley Modelo sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Relacionadas con Casos de Insolvencia incluía una disposición, el artículo X, que podían adoptar los Estados que ya hubieran incorporado la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza a su derecho interno a efectos de aclarar que el artículo 21 de esta última ley modelo era suficientemente amplio y flexible para incluir el reconocimiento de las sentencias extranjeras relacionadas con casos de insolvencia como parte de las medidas discrecionales que estaba facultado a otorgar el tribunal a partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero tanto principal como no principal. Se observó que si bien la Ley Modelo sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Relacionadas con Casos de Insolvencia no trataba directamente la cuestión de la ley aplicable, existía una conexión, en el sentido de que el reconocimiento y la ejecución de una sentencia extranjera relacionada con un caso de insolvencia daría efecto indirectamente a la ley de insolvencia extranjera.

14. El último texto de la CNUDMI que se examinó fue la Ley Modelo sobre la Insolvencia de Grupos de Empresas, que complementaba la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza al extender el marco jurídico previsto en esta última relativo a la insolvencia transfronteriza de un único deudor a los miembros de un grupo de empresas y, por lo tanto, procuraba facilitar soluciones colectivas para el grupo. Ello se lograba mediante el establecimiento de un mecanismo de cooperación eficaz entre tribunales y otras autoridades competentes y representantes de la insolvencia y -una cuestión importante- previendo la posibilidad de que un procedimiento de planificación en que participaran empresas de un grupo llevara a la elaboración y aplicación de una solución colectiva de la insolvencia para todo el grupo o para algunas de las empresas del grupo. Según la Ley Modelo sobre la Insolvencia de Grupos de Empresas podrían otorgarse medidas de conformidad con la ley de la jurisdicción en que se sustanciara el procedimiento de planificación para asistir en la elaboración y aplicación de la solución colectiva¹⁶. Otros tribunales¹⁷ también podrían otorgar medidas amplias y flexibles (en otros Estados que no fueran aquellos en los que se sustanciara el procedimiento de planificación) en los casos en que el grupo de empresas tuviera bienes, establecimientos o filiales; entre esas medidas podrían figurar la paralización o denegación de la apertura de un procedimiento local - otorgando así deferencia al procedimiento central del grupo-, y varias otras medidas orientadas a apoyar el procedimiento de planificación (con sujeción, nuevamente, a que se

¹⁵ *Guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia*, segunda parte, párr. 91.

¹⁶ Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia de Grupos de Empresas (2019), art. 20.

¹⁷ *Ibid.*, art. 24.

protegerían adecuadamente los intereses de los acreedores de cada empresa del grupo)¹⁸. En este caso también, la Ley Modelo sobre la Insolvencia de Grupos de Empresas no trató directamente la cuestión de la ley aplicable, pero sí indirectamente al alentar a los tribunales locales a conceder deferencia a la jurisdicción del procedimiento de planificación y al prever la posibilidad de que se otorgaran medidas en apoyo del procedimiento de planificación, entre ellas, la posibilidad de conceder deferencia a la ley de la jurisdicción del procedimiento de planificación, con sujeción, en algunas circunstancias, a la aplicación de las leyes locales respecto del tratamiento de los créditos.

15. En conclusión, se reiteró que las leyes modelo de la CNUDMI seguían, en lo fundamental, el criterio universal modificado en materia de insolvencia transfronteriza, disponiendo que se concediera deferencia y se prestara asistencia principalmente al procedimiento extranjero principal o al procedimiento de planificación de grupos de empresas, mediante la cooperación, el reconocimiento y el otorgamiento de medidas, y se complementaban con recomendaciones sobre la ley aplicable que figuraban en la *Guía legislativa*. Se expresó la opinión de que sería útil que los instrumentos de insolvencia de la CNUDMI que se encontraban vigentes se complementaran con la elaboración de un instrumento internacional que contuviera disposiciones expresas sobre la ley aplicable en los procedimientos de insolvencia para que se adoptaran con uniformidad, lo que ayudaría a abordar el problema de las discrepancias que habían surgido en la jurisprudencia sobre estas cuestiones. Se sugirió también que un instrumento de ese tipo debería basarse en las recomendaciones pertinentes de la *Guía legislativa* de la CNUDMI actual, pero que debería aclararse el alcance preciso de la norma de la *lex fori concursus*, así como su aplicación en el contexto de grupos de empresas, y su aplicación a los regímenes de reestructuración más modernos. Por último, se recomendó que cualquier excepción que se hiciera a la norma de la *lex fori concursus* general debería establecerse claramente, al igual que los criterios para prevenir la apertura de otros procedimientos de insolvencia y la determinación de cuándo debería aplicarse la ley local en el procedimiento extranjero principal o en el procedimiento de planificación del grupo.

16. A continuación, se examinó el régimen europeo actual para armonizar la ley aplicable en insolvencias transfronterizas, el Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia (texto refundido del Reglamento de la Unión Europea). Se observó que tanto en el texto refundido del Reglamento de la Unión Europea como en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza figuraban disposiciones en que se abordaban cuestiones fundamentales en el contexto de la insolvencia transfronteriza, como el establecimiento de competencia para procedimientos de insolvencia principales y no principales (siguiendo para ello el criterio del centro de los intereses principales y el del lugar donde el deudor tuviera un establecimiento), y disposiciones en que se preveía el reconocimiento transfronterizo de esos procedimientos y la cooperación transfronteriza con ellos. Además, el texto refundido del Reglamento de la Unión Europea (art. 7) y las recomendaciones de la *Guía legislativa* de la CNUDMI (recomendación 31) eran similares en cuanto apoyaban la norma general de la *lex fori concursus* como ley que determinaba la apertura, el desarrollo y la clausura de los procedimientos de insolvencia, y ambos textos contenían una lista no exhaustiva de las cuestiones que se regirían por la *lex fori concursus*. Se observó, sin embargo, que no había un texto uniforme de la CNUDMI sobre la insolvencia en que se establecieran reglas armonizadas sobre conflictos de leyes, como tales. En cambio, el artículo 7 del texto refundido del Reglamento de la Unión Europea establecía expresamente la norma general de que la ley aplicable a los procedimientos de insolvencia y sus efectos era la del Estado miembro en que se abrieran esos procedimientos (es decir, la *lex fori concursus*), con ciertas excepciones concretas respecto de los derechos reales de terceros, la compensación, la reserva de dominio, los contratos sobre bienes inmuebles, los sistemas de pago y mercados financieros, los contratos de trabajo, los derechos sometidos a

¹⁸ *Ibid.*, arts. 28 a 32.

registro, algunas patentes y marcas, actos perjudiciales, protección de los terceros adquirentes y procesos en curso o procedimientos arbitrales en curso¹⁹.

17. A pesar de que las normas sobre la ley aplicable eran más claras en el texto refundido del Reglamento de la Unión Europea, se observó que, en la práctica, la aplicación de esas normas era compleja y que determinar el alcance real de la *lex fori concursus* podría a menudo ser difícil (por ejemplo, respecto de las excepciones que afectaban a las acciones revocatorias (acciones de anulación), los derechos reales de los acreedores que se encontraran en otro Estado y las reclamaciones de compensación). Se hizo referencia a un caso complejo, de gran envergadura, relativo a la insolvencia transfronteriza, en que se había aplicado el texto refundido del Reglamento de la Unión Europea y en que se habían puesto de manifiesto varias de estas dificultades, por ejemplo, en cuanto a la determinación de la masa de la insolvencia y al alcance que tenían la norma de la *lex fori concursus* y sus excepciones. El ejemplo mostraba que, en el caso de la rescisión de los contratos de trabajo, podía haber incompatibilidad entre la aplicación de la ley de un Estado —la *lex fori concursus* del procedimiento principal— y la ley de otro Estado —la ley laboral que resultaba aplicable como excepción a la norma general de la *lex fori concursus* (excepción según la cual los contratos de trabajo se regían por la ley del Estado miembro aplicable al contrato de trabajo)—. El caso también planteaba interrogantes acerca de si el tribunal que entendía en el procedimiento principal o el tribunal que entendía en el procedimiento secundario tenían competencia internacional sobre la cuestión de marras; así como qué ley debía aplicarse para determinar qué bienes del deudor se encontraban alcanzados por los efectos del procedimiento secundario. En cuanto al segundo interrogante sobre la ley aplicable, en el caso se resolvió que la fecha de la apertura del procedimiento de insolvencia era decisiva para determinar la ubicación de los bienes del deudor y cuáles de esos bienes se encontraban alcanzados por los efectos del procedimiento secundario.

18. Se proporcionaron otros ejemplos que demostraban que existía un vínculo entre el establecimiento de la competencia internacional para el procedimiento de insolvencia y las normas sobre la elección de la ley aplicable. En un ejemplo que tenía consecuencias para la localización de bienes en procesos civiles, según la ley del procedimiento de insolvencia principal, el liquidador era el propietario fiduciario de los bienes del deudor, en tanto que según la ley del procedimiento no principal, el deudor solo se veía privado de su propiedad, en tanto que el liquidador debía realizar dichos bienes y actuar en nombre del conjunto de los acreedores. En una sentencia reciente se determinó que el tribunal que intervenía en el procedimiento no principal debería reconocer las facultades especiales del liquidador en el procedimiento principal y, por lo tanto, dar efecto a la *lex fori concursus*, aunque esas facultades fueran desconocidas en la jurisdicción no principal.

19. En conclusión, se destacó que el texto refundido del Reglamento de la Unión Europea, si bien era más claro respecto de la cuestión de la ley aplicable que los textos de la CNUDMI, demostraba, sin embargo, que seguía existiendo una vinculación entre el establecimiento de la competencia internacional para el procedimiento principal (y la norma de la *lex fori concursus* que se aplicaba a esos procedimientos) y las normas sobre la elección de la ley aplicable. La forma en que operaba en Europa el régimen actual relativo a la ley aplicable demostraba que era decididamente deseable que se siguieran armonizando las normas sobre conflicto de leyes en el contexto de la insolvencia transfronteriza.

C. Ley aplicable en la insolvencia transfronteriza: consecuencias prácticas

20. El siguiente tema amplio de discusión en el Coloquio se centró en ejemplos de cuestiones especialmente problemáticas que se habían planteado en procedimientos de insolvencia transfronteriza en relación con la ley aplicable a los créditos y otras

¹⁹ Texto refundido del Reglamento de la Unión Europea, arts. 8 a 18.

cuestiones, como los derechos reales, las acciones de anulación y los instrumentos financieros, como los valores.

21. La primera cuestión que se examinó, en relación con la elección de la ley aplicable, fue cuál sería la ley (la ley de qué Estado) no relativa a la insolvencia que determinaría la ley de fondo aplicable a los derechos de propiedad (derechos reales) en los procedimientos de insolvencia. Como se señaló en debates anteriores, se observó nuevamente que era fundamental mantener la distinción que existía entre la ley aplicable al régimen de la insolvencia y la ley aplicable a las cuestiones que se regían por normas ajenas al régimen de la insolvencia (es decir, la validez y eficacia de los derechos y créditos). En este contexto, se destacó que la opinión general, que guardaba coherencia con la de la *Guía legislativa* de la CNUDMI, era que la determinación de la validez y eficacia de los derechos y créditos, entre ellos los derechos reales, no era una cuestión que se resolvía aplicando la ley de insolvencia, sino otras normas.

22. A continuación, se señaló que la norma general era que la ley aplicable a la validez y eficacia de los derechos y créditos (como los derechos reales) que existían en el momento de abrirse un procedimiento de insolvencia deberían determinarse con arreglo a las normas no relativas a la insolvencia del derecho internacional privado del Estado en que se abrió el procedimiento de insolvencia. Se observó que ese enfoque guardaba coherencia con el objetivo general de la ley de insolvencia de prevenir la redistribución de riqueza de modo que pasara de quienes tenían derechos no relacionados con la insolvencia a quienes no tenían esos derechos. Se ofrecieron dos ejemplos del funcionamiento de las normas sobre la elección de la ley aplicable no relativas a la insolvencia, extraídos de la Ley Modelo sobre Garantías Mobiliarias. El primer ejemplo fue el caso de los bienes incorporales (incluidos los créditos por cobrar ordinarios), en que la ley aplicable a la constitución, la oponibilidad a terceros y la prelación de una garantía mobiliaria sobre un bien incorporal era la ley del Estado en que estaba ubicado el otorgante; se consideró que esa norma era adecuada. El segundo fue el caso de los valores no intermediados materializados; en este caso la ley aplicable a la constitución de esos valores, su oponibilidad a terceros y prelación era, para los títulos de participación en el capital, la ley en que se hubiera constituido el emisor, y para los títulos de deuda, la ley que rigiera esos títulos. Las normas sobre la elección de la ley aplicable en este último ejemplo se consideraban adecuadas para los valores inmaterializados, pero no para los valores materializados, en cuyo caso se sugería que, al igual que en el caso de un bien constituido en garantía posesoria, como los documentos negociables y los instrumentos negociables, la ubicación del bien podría ser una mejor manera de determinar cuál sería la ley no relativa a la insolvencia que resultaría aplicable.

23. En conclusión, se expresó la opinión de que la *lex fori concursus* debería seguir siendo la norma sobre la elección de la ley aplicable más importante para los procedimientos de insolvencia, pero que elaborar normas armonizadas sobre la elección de la ley aplicable relativa a la insolvencia tendría efectos positivos en la operación de los procedimientos de insolvencia. También se observó que al elaborar esas normas, sería fundamental retener la distinción entre las normas sobre la elección de la ley aplicable a la insolvencia y las aplicables a otras cuestiones, pero que quienes las elaboraran deberían tener cuidado de que esa distinción no fuera manipulada por las partes interesadas.

24. A continuación, se examinó la ley aplicable a los valores y otros instrumentos financieros, como los valores intermediados, a las cuentas por cobrar prestadas como garantía y a las cláusulas de liquidación anticipada mediante compensación para derivados financieros en los procedimientos de insolvencia. Se prestó especial atención a la cuestión de cuál sería la ley que debería regir los valores intermediados en el procedimiento de insolvencia. Se observó que en el Convenio sobre la Ley Aplicable a Ciertos Derechos sobre Valores Depositados en un Intermediario, de la HCCH, se establecía que fuera del contexto de la insolvencia, la ley aplicable a los valores depositados en un intermediario era la ley del Estado en que estaba ubicado el intermediario que mantenía la cuenta. Esa norma, a menudo conocida como PRIMA (“principio del lugar del intermediario relevante”), aseguraba que la ley aplicable

siguiera siendo la misma a lo largo del tiempo, a pesar de las modificaciones periódicas que pudieran hacerse en la cartera de valores del inversionista. A continuación, se examinó la cuestión de cuál debería ser la ley aplicable en el caso de los valores intermediados cuando el inversionista (o deudor) caía en la insolvencia y si la ley aplicable debería ser diferente de la que se aplicaba fuera del contexto de la insolvencia. Se explicó que la aplicación de la norma sobre la *lex fori concursus* podría ser problemática en el caso de los valores intermediados, dado que seguir ese criterio podría afectar en un sentido negativo a la negociación que hipotéticamente hubiera conducido a la operación financiera relativa a los valores intermediados y tener como consecuencia que se aplicara la ley de un Estado, cuya ley no se esperaba aplicar, en que se hubieran abierto uno o más procedimientos de insolvencia.

25. Un panelista sugirió que, desde una perspectiva funcional de la ley de insolvencia orientada a limitar al mínimo las faltas de conducta del deudor y el acreedor, deberían reconocerse excepciones a la norma sobre la *lex fori concursus* para las operaciones relativas a valores intermediados, en particular en lo concerniente a determinar su validez y eficacia para con terceros en las operaciones garantizadas y establecer prioridades. Se hizo la advertencia de que, de otro modo, las partes podrían utilizar el procedimiento de insolvencia para modificar sus derechos originales *ex post* lo que en consecuencia afectaría negativamente a las operaciones financieras y aumentaría su costo.

26. La tercera cuestión que se exploró fue la ley aplicable a las acciones de anulación en el procedimiento de insolvencia transfronteriza. Se observó que la ley que regía la anulación dependía de la elección que se hicieran en materia de políticas y entrañaba que se lograra un delicado equilibrio entre el interés colectivo de los acreedores en mantener o maximizar la masa de la insolvencia y las expectativas legítimas de terceros de mantener la validez de una operación. Se observó que la ley que regía la anulación difería de un Estado a otro, en particular respecto de cuestiones como las siguientes: a) los tipos de operaciones anulables; b) las categorías de personas que tienen un vínculo suficientemente estrecho con el deudor como para tratarlas como personas allegadas; c) los períodos de sospecha para diferentes tipos de operaciones; d) la legitimación para entablar procedimientos de anulación y la responsabilidad conexas; e) la competencia internacional y territorial en materia de acciones de anulación; f) la atribución de la carga de la prueba; g) la distribución de los costos de los procedimientos de anulación; y h) las consecuencias jurídicas que tendría obtener una anulación y los derechos de la parte contraria en la operación.

27. Teniendo en cuenta la observación de que la mayoría de los Estados carecían en la actualidad de normas específicas que trataran la cuestión de la ley aplicable a las acciones de anulación en la insolvencia transfronteriza, se exploraron soluciones prácticas y jurídicas para intensificar la cooperación entre jurisdicciones. Se dio una explicación detallada de las ventajas y desventajas que tenía adoptar los siguientes criterios en relación con la cuestión: a) *lex causae*; b) *lex fori concursus*; c) una combinación de la *lex fori concursus* y la *lex causae*; y d) una aplicación alternada de la *lex fori concursus* y la *lex causae*, dependiendo de cuál fuera la más favorable para la masa de la insolvencia. En conclusión, se sugirió que la *lex fori concursus* constituiría la mejor solución para las acciones de anulación, y que debería ponerse énfasis en la importancia general que tenían las cuestiones relacionadas con la ley aplicable en los casos de insolvencia transfronteriza. Se formularon las siguientes observaciones en favor de que se aplicara la *lex fori concursus* a las acciones de anulación: a) se trataba de la ley que tenía la relación más cercana; b) se protegía la integridad de la masa de la insolvencia; c) se respetaba el principio del trato equitativo de los acreedores; d) las cuestiones de anulación estaban estrechamente vinculadas a la ley del Estado en que se hubiera abierto el procedimiento de insolvencia; e) constituiría una solución simple para los profesionales de la insolvencia; f) se evitaba que las partes manipularan la ley aplicable; y g) en los casos en que se llegara a un resultado inaceptable, la excepción de orden público podría aplicarse para evitar la aplicación de ese resultado.

28. La siguiente exposición comenzó con la premisa de que el régimen de insolvencia transfronteriza actual, que se consideraba reflejaba el criterio universal modificado, debería apartarse en la menor medida posible de ese ideal de universalidad. Se observó que para ello, debería establecerse el menor número de excepciones posibles a la norma general sobre la *lex fori concursus*. Para alcanzar ese objetivo, se preguntó qué criterio sería conveniente utilizar a efectos de establecer excepciones a la norma general. Se señaló que para responder a esa pregunta debería tenerse en cuenta la necesidad de proteger las expectativas legítimas de las partes interesadas locales en los casos en que estas hubieran contado con la aplicación de un régimen jurídico en particular, por ejemplo, con la aplicación de las leyes locales. Tomando como ejemplo a los acreedores locales, se opinó que tal vez no todos ellos quisieran que se aplicara a su crédito la ley local y que algunos de ellos quizás preferirían que se diera a sus créditos el tratamiento y la prelación previstos en la *lex fori concursus*. A fin de evitar la situación, que sería inviable, de exigir que se determinara la ley aplicable en cada caso en particular, se sugirió que se recurriera a otro criterio que pudiera considerarse equivalente, por ejemplo, el grado de conocimientos empresariales del acreedor o su envergadura, para estimar si el acreedor había contado con que se aplicara la ley local para proteger sus derechos y créditos y si sería injusto que su crédito quedara sometido a la aplicación de la *lex fori concursus*.

29. En resumen, si bien se observó que el mejor criterio que podría adoptarse en el caso de las operaciones financieras sería armonizar las normas sobre la elección de la ley aplicable, tanto la aplicable a la insolvencia como la aplicable a otras cuestiones, hubo acuerdo general acerca de la importancia de que se armonizara la ley aplicable en los procedimientos de insolvencia y acerca de que había buenas perspectivas de que ello ocurriera. Asimismo, se consideró esencial definir claramente el alcance y la naturaleza de la labor que la CNUDMI podría llevar a cabo sobre esa cuestión, como había solicitado la Comisión. Se sugirió que, en consonancia con los textos de insolvencia de la CNUDMI que se habían elaborado hasta la fecha, podría darse a las normas armonizadas la forma de una ley modelo. También se expresó la opinión de que las reglas generales sobre cuestiones de conflictos de leyes en los casos de insolvencia internacional (2012) (Global Rules on Conflict-of-Laws Matters in International Insolvency Cases o ALI/III Global Rules)²⁰, preparadas por el American Law Institute y el International Insolvency Institute, así como el texto refundido del Reglamento de la Unión Europea podían constituir puntos de partida adecuados para debatir la armonización. Además, especialmente en el caso del derecho del trabajo, se consideró que podría adoptarse un criterio similar al de la “doctrina del margen de apreciación”²¹ y se puso énfasis en la necesidad de normas mínimas para proteger los derechos laborales, incluso cuando la ley aplicable a esos derechos fuera la *lex fori concursus* de un procedimiento de insolvencia principal.

D. Ley aplicable en procedimientos de insolvencia: consecuencias regionales

30. A continuación, se debatieron las cuestiones prácticas que se planteaban respecto de la ley aplicable en procedimientos de insolvencia transfronteriza, centrándose en las dificultades que se afrontaban en distintas regiones del mundo. Un examen de la insolvencia transfronteriza en el contexto latinoamericano reveló que persistían la fragmentación en materia de competencia y la pluralidad de procedimientos, a pesar de que se habían realizado varios esfuerzos históricos en la región para promover el principio de la unidad de los procedimientos de insolvencia. Algunos Estados habían

²⁰ Anexo de “Transnational Insolvency: Global Principles for Cooperation in International Insolvency Cases” (2012).

²¹ La “doctrina del margen de apreciación” del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es una doctrina por la que se reconoce a los Estados cierto margen de discrecionalidad para apartarse de las obligaciones establecidas en las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

ratificado los tratados de Montevideo suscritos en 1889²² y modificados en 1940²³, en que se consagraba el concepto de la unidad de los procedimientos de quiebra, con algunas excepciones, por ejemplo, cuando el deudor tenía dos o más establecimientos comerciales independientes. La Convención de Derecho Internacional Privado de La Habana (conocida como “Código de Bustamante”), que se aplica en unos pocos Estados de la región²⁴, también preveía que se entablara un único procedimiento de insolvencia ante el tribunal del domicilio del deudor, pero extendía los efectos de ese procedimiento a todos los países que habían adoptado el Código de Bustamante. Ese criterio se equilibraba con una norma por la que se disponía la aplicación de la ley del lugar donde estuviera ubicado el bien (*lex rei sitae*) para las acciones y derechos reales (art. 420). Se señaló que el principio de unidad era el objetivo común perseguido en los principales instrumentos regionales de armonización, pero que ese principio debía conjugarse con algunas excepciones, especialmente en los casos en que el deudor tenía un establecimiento separado o bienes ubicados en una jurisdicción diferente. Una situación de ese tipo podría llevar a que se abriera otro procedimiento de insolvencia y se favoreciera a los acreedores locales por aplicación de la ley local. A fin de compensar las desventajas que presentaba que se abrieran varios procedimientos y que en cada uno de ellos se aplicaran las normas locales, los instrumentos regionales, por ejemplo, simplificarían los efectos extraterritoriales de las medidas de ejecución en los Estados partes en el tratado para lograr un mayor reconocimiento de los derechos que tuvieran los acreedores según la ley extranjera.

31. A pesar de los esfuerzos que se habían realizado para unificar los regímenes jurídicos en relación con la ley aplicable en los procedimientos de insolvencia, se señaló que la situación seguía siendo considerablemente diferente entre los Estados de la región. Por ejemplo, había Estados en los que la universalidad de los procedimientos constituía un principio de derecho interno, pero que a ese principio se oponía el criterio de la territorialidad —un principio que se aplicaba en virtud de las normas de derecho internacional privado—. Por ejemplo, según ese enfoque, los tribunales nacionales no serían competentes si el deudor no tuviera un establecimiento en el Estado, incluso cuando se hubieran llevado a cabo actividades económicas en ese Estado. El criterio de territorialidad podía reforzarse insistiendo en que se sustanciaran procedimientos locales para los acreedores locales, así como adhiriendo al principio de reciprocidad a los efectos de tener en cuenta los procedimientos extranjeros. En el extremo opuesto del espectro, algunas jurisdicciones se inclinaban más hacia el reconocimiento de procedimientos extranjeros y la aplicación de la ley extranjera en los procedimientos de insolvencia, por ejemplo, al prever condiciones más flexibles para la apertura de procedimientos de insolvencia, en vez de insistir en el requisito básico de que el deudor tuviera un establecimiento oficial en esa jurisdicción. Una ventaja de adoptar un criterio más flexible en materia de insolvencia transfronteriza sería también que se dieran pautas procesales más claras a los acreedores y deudores respecto de qué ley se aplicaría a sus créditos, estableciendo la *lex fori concursus* como norma, con algunas excepciones. Otro principio útil que se empleaba para reducir las diferencias entre normas extranjeras y locales era recurrir al principio del tratamiento nacional, que garantizaba igual protección a los acreedores nacionales y extranjeros, con sujeción a limitadas excepciones y al principio de reciprocidad. Se expresó la opinión de que, en conclusión, era cada vez más evidente que se estaba aplicando en la región un enfoque más uniforme en materia de insolvencia transfronteriza, en particular mediante la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza,

²² Los Estados partes en el Tratado de Derecho Comercial Internacional, firmado en Montevideo el 12 de febrero de 1889, son la Argentina, Bolivia, Colombia, el Paraguay, el Perú y el Uruguay.

²³ En 1940 la Argentina, el Paraguay y el Uruguay aprobaron y ratificaron una versión modificada del Tratado de 1889. Para más información sobre los tratados de Montevideo, véase Fletcher, Ian F., *Insolvency in Private International Law: National and International Approaches*, 2^{da} ed. (Oxford University Press, 2005), segunda parte, párrs. 5.1 y ss.

²⁴ Convención de Derecho Internacional Privado (La Habana, 20 de febrero de 1928), Organización de los Estados Americanos (OEA), Serie sobre derecho y tratados, núm. 23. Los Estados partes en esta Convención son Bolivia, el Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, el Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, el Perú, la República Dominicana y Venezuela (véase Fletcher, segunda parte, párrs. 5.2 y ss.).

pero que seguía existiendo la necesidad de que se elaboraran otras normas armonizadas sobre la ley aplicable para prestar asistencia en la coordinación de procedimientos de insolvencia y proporcionar claridad.

32. El siguiente debate regional se centró en la litigación en casos de insolvencia y la reestructuración del panorama en Asia Sudoriental. Se observó que, si bien la cuestión de la ley aplicable en los procedimientos de insolvencia no se había considerado demasiado en la jurisprudencia regional hasta la fecha, ciertamente podía esperarse que esas cuestiones cobraran una mayor relevancia con el aumento del número de reestructuraciones transfronterizas que estaban teniendo lugar en la región. Se expuso una reseña de la situación regional en relación con las reestructuraciones transfronterizas y los mercados financieros, en que se señaló que algunas jurisdicciones o centros financieros internacionales establecidos (que presentaban la ventaja de contar con un régimen jurídico más avanzado) proporcionaban la financiación, aunque la ley que regía la deuda en sí a menudo era una ley externa a la región. A menudo la ley que se aplicaba a la deuda propiamente dicha no era la misma que se aplicaba al conjunto de garantías otorgadas en el país, a las que en general se aplicaba la ley local. En el contexto de la reestructuración, se observó que las dos opciones disponibles eran que el deudor o los acreedores aceptaran la opción “local” y solicitaran la apertura de un procedimiento de insolvencia en la jurisdicción en que se hubiera constituido la sociedad deudora o, en algunas circunstancias, procurar obtener una mayor flexibilidad para la reestructuración de la deuda interponiendo acciones en una jurisdicción extranjera, distinta a la jurisdicción en que se hubiera constituido la sociedad deudora. Se observó además que, a pesar del limitado número de cuestiones que se habían planteado hasta la fecha en relación con la ley aplicable en los procedimientos de insolvencia, la elaboración de normas armonizadas sobre la ley aplicable podría ciertamente simplificar los procedimientos, en particular en una región en que el monto de la deuda para reestructurar aumentaba rápidamente.

33. Entre los acontecimientos que se daban con frecuencia en la región, se mencionó en particular la utilización de un mecanismo fiduciario que a menudo se utilizaba en las operaciones internacionales en los mercados de capitales por el que el deudor emitía un bono que se regía por el derecho extranjero, que se depositaba en manos de un fideicomisario de bonos. Esos mecanismos fiduciarios no solían ser reconocidos en los regímenes jurídicos locales y los tribunales a menudo se limitaban a aplicar la ley local a esos documentos que se regían por la ley extranjera en vez de realizar un análisis pormenorizado de los principios de derecho internacional privado. Esa forma de proceder a menudo tenía como consecuencia que la aplicación de jurisprudencia era incoherente y, por lo tanto, que las partes interesadas no tenían certeza desde el punto de vista comercial. Otra cuestión que se señaló fue que era necesario realizar prolongados procesos judiciales para determinar la validez y eficacia de los derechos y créditos de los acreedores según la ley aplicable a la deuda, lo que, una vez más, tenía efectos perniciosos en la certeza y seguridad que buscaban los acreedores y deudores. Se preveía que esas tendencias serían cada vez mayores, dado que la expectativa era que aumentara con el tiempo el nivel de complejidad de los instrumentos financieros que se utilizaban en la región. En cuanto a las soluciones que podrían aplicarse, también se debatió el marco jurídico más moderno que había adoptado uno de los centros financieros líderes de la región. Ese marco jurídico regulaba varias cuestiones, entre ellas, los bienes digitales y la descentralización financiera; sin embargo, algunas preguntas seguían sin tener respuesta y podían dar lugar a incertidumbre en el futuro al considerarse la ley aplicable en los procedimientos de insolvencia. En conclusión, la opinión fue que, dado que existían claras diferencias entre los ordenamientos jurídicos nacionales y que las economías nacionales estaban pasando por un proceso de integración regional, era cada vez más importante establecer normas comunes respecto de la ley aplicable en los procedimientos de insolvencia en Asia Sudoriental.

34. En la exposición que se hizo sobre la ley aplicable en los procedimientos de insolvencia transfronteriza en África se recordaron los avances que habían tenido lugar en la región al incorporarse la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza a los ordenamientos jurídicos nacionales de 24 Estados hasta la fecha.

Se observó que esa era una de las medidas que se estaban adoptando, entre varias otras reformas e iniciativas en materia de políticas, que habían llevado a cabo en el último decenio los países africanos para mejorar su gestión de la insolvencia transfronteriza. Asimismo, se estaban tomando importantes medidas respecto de cuestiones sustantivas de la ley de insolvencia para promover la eficiencia, la preservación del valor, la realidad comercial y la naturaleza global de los negocios.

35. Sin embargo, se observó también que, a pesar de esos esfuerzos, al incorporar la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza a su derecho interno, algunos Estados habían insistido en que se incluyeran cláusulas de reciprocidad, lo que repercutía negativamente en el alcance y la flexibilidad de esa incorporación al derecho interno y en la eficacia de los procedimientos de insolvencia transfronteriza de esos Estados. Además, los acreedores y otras partes interesadas en la insolvencia seguían afrontando dificultades relativas a la capacidad de los profesionales de la insolvencia y el poder judicial, pero también relativas a lagunas estructurales del sistema de administración de los tribunales, y a la falta de recursos que se proporcionaban a los tribunales locales, lo que conducía a atrasos en la tramitación de casos y problemas logísticos. Se expresó la opinión de que la elaboración de nuevas normas solo tendría éxito si estuviera acompañada de una mayor comprensión y aplicación de esas normas en esas jurisdicciones.

36. En cuanto a los casos concretos que se presentaban en la región, se observó que surgían problemas en relación con la multiplicidad de procedimientos de insolvencia transfronteriza debido a la falta de normas armonizadas sobre la ley aplicable en ciertas esferas, como las leyes que regulaban los contratos de trabajo, las operaciones financieras y las garantías cruzadas de valores en los grupos de empresas. Si bien esos ejemplos ilustraban las ventajas de que se elaboraran normas uniformes respecto de la ley aplicable en los procedimientos de insolvencia, era importante señalar que, sobre la base de la experiencia que se tenía en la región, podía preverse que hubiera dificultades para encontrar intereses comunes. Por ejemplo, se recordó que los acreedores locales recibían un trato preferente en algunos Estados y que a veces se les concedía incluso prioridad por sobre los acreedores garantizados. No obstante, a pesar de esas dificultades, se concluyó que la situación actual en la región podía mejorarse elaborando normas armonizadas sobre la elección de la ley aplicable en la esfera de la insolvencia transfronteriza.

37. Por último, en los comentarios finales, se siguió explorando cómo podría la labor futura de la CNUDMI sobre la ley aplicable dar efecto a las expectativas legítimas de los acreedores locales, preservando a la vez el criterio universal recogido en el marco vigente relativo a la insolvencia y las reestructuraciones. Como respuesta a esa inquietud, se observó que, en lo que respecta a la elección de la ley aplicable, el localismo debería considerarse un problema que podría llegar a ser grave y que podría utilizarse para reforzar la territorialidad estratégica y afectar negativamente al objetivo general de obtener beneficios transaccionales. Se señaló que el objetivo que se procuraba alcanzar con la adopción del criterio universal modificado de contar con una única forma mundial de proceder con respecto a los procedimientos tenía más probabilidades de lograrse si en el procedimiento principal se hacía hincapié en la realización del valor de la masa de la insolvencia y, en la medida de lo posible, se respetaban los derechos locales y las formas societarias (reduciéndose así al mínimo los beneficios que aportaría la elección del foro más conveniente) recurriendo a un tratamiento virtual o sintético²⁵ para respetar la base de referencia para los créditos de los acreedores locales (que serviría para cuantificar los créditos que tuvieran prelación).

²⁵ El concepto de tratamiento “sintético” se ha descrito de la siguiente manera (párr. 193 de la *Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia de Grupos de Empresas*): “Se han establecido algunas medidas en la práctica para asistir en la coordinación de los procedimientos de insolvencia transfronteriza relativos a las empresas de un grupo. Estas medidas, a las que a menudo se hace referencia como procedimiento no principal [...] [sintético], suponen otorgar a los créditos de un acreedor extranjero el mismo tratamiento en un procedimiento principal que el que recibiría en un procedimiento extranjero no principal con

38. Se observó que la arquitectura actual de la insolvencia y la reestructuración transfronterizas que se recogían en la *Guía legislativa* de la CNUDMI y en el texto refundido del Reglamento de la Unión Europea ya se basaban en la norma general de la *lex fori concursus* para los aspectos procesales del procedimiento de insolvencia (con algunas excepciones puntuales a esa norma general), aunque la ley aplicable a la validez y la eficacia de los derechos y los créditos (la ley no relativa a la insolvencia) se aplicaba a los aspectos relacionados con la distribución de los bienes y se regía por las leyes locales, que quedaban determinadas por las normas de derecho internacional privado. Sin embargo, se reiteró que podría ser difícil definir cuál era el alcance de la norma de la *lex fori concursus* (o la “ley de la insolvencia”) y se observó que, aunque la arquitectura actual funcionaba bien en las liquidaciones en que había un solo deudor y en los procedimientos secundarios, se generaba un problema en el contexto de las insolvencias y reorganizaciones de grupos de empresas. El problema conocido como “problema de asignación de valor” se presentaba, por ejemplo, cuando una empresa del grupo funcionaba de forma consolidada y no era posible dividir los bienes entre las empresas del grupo ni asignarlos a lugares específicos o, en un contexto de reorganización o rescate, lo que generaba un aumento adicional del “valor de reorganización” que no podía realizarse en una liquidación simple. En efecto, se señaló que de lo que se trataba era cómo, en esas situaciones más complejas, podía cuantificarse el valor total de los créditos locales, cuando ese valor total tal vez no se realizara en razón de la insolvencia del grupo.

39. Se sugirió que la solución al problema ya se había estado desarrollando, como cuestión práctica, en la práctica de la insolvencia transfronteriza al darse un tratamiento virtual o sintético a los créditos, lo que se señaló quedaba facilitado tanto gracias al texto refundido del Reglamento de la Unión Europea como a la Ley Modelo sobre la Insolvencia de Grupos de Empresas, así como a algunos casos jurisprudenciales. En esta situación, se sugirió que la base que debería tomarse como referencia para determinar los derechos de los acreedores locales a los efectos de solicitar prelación en la distribución de los bienes debería guardar relación con el valor que pudiera realizarse de estos, en la estructura societaria local (si no hubiera una solución colectiva de la insolvencia) y en la jurisdicción, según se estableciera en función de la aplicación de las normas sobre la elección de la ley aplicable. El valor de realización de los bienes serviría así para establecer la base de referencia de los derechos, que podría considerarse el derecho sintético del acreedor local en el procedimiento principal. Se sugirió que elaborar un criterio para los derechos sintéticos a fin de resolver difíciles problemas relativos a la elección de la ley aplicable, especialmente en el contexto de la insolvencia y la reorganización de grupos de empresas, sería el próximo paso que por lógica debería darse en relación con los instrumentos de insolvencia transfronteriza existentes, dado que sería necesario realizar pocas modificaciones, si es que fuera necesario llevar a cabo alguna, y que la labor actual sobre la ley aplicable en materia de insolvencia, como la que se encontraba en las reglas generales sobre cuestiones de conflictos de leyes en los casos de insolvencia internacional (ALI/III Global Rules), podría servir de modelo para una labor futura.

arreglo a la ley aplicable, en caso de que se abriera tal procedimiento no principal. Por ejemplo, si se abre un procedimiento principal en relación con una determinada empresa del grupo en un Estado y esa empresa tiene acreedores en otro Estado, los créditos de esos acreedores podrían tratarse en el primer Estado de conformidad con el tratamiento que recibirían en virtud de la ley aplicable pertinente si debiera abrirse un procedimiento no principal en el segundo Estado. El uso de la palabra “tratamiento” se refiere a la situación del crédito y a la forma de tramitarlo con arreglo a la ley aplicable; si, por ejemplo, el crédito se refiriese a salarios pendientes de pago, tendría la misma prelación y estaría sujeto, en cuanto al importe, a las mismas condiciones previstas en la ley, si las hubiera, que podrían resultar aplicables con arreglo a la ley de que se trate”.

E. Posible labor de la CNUDMI y la HCCH sobre el procedimiento de insolvencia aplicable

40. La sesión final se centró en si era viable que la CNUDMI, en cooperación con la HCCH, comenzara a trabajar en la ley aplicable a los procedimientos de insolvencia y si era deseable que lo hiciera y, de realizarse esa labor, la forma y el alcance que podría tener. Al resumir las sesiones anteriores, se observó que había acuerdo general acerca de que la falta de uniformidad en la jurisprudencia que era consecuencia de que no hubiera un criterio uniforme sobre la ley aplicable en los procedimientos de insolvencia y la falta de seguridad jurídica y comercial consiguiente tenía efectos negativos en el comercio y las inversiones internacionales. Esa falta de seguridad quedaba ilustrada en la forma en que se trataban los casos de insolvencia transfronteriza respecto de determinadas cuestiones que se habían planteado, como los derechos reales y valores, aunque también las acciones revocatorias (acciones de anulación) y la protección de las legítimas expectativas de los acreedores locales. También se había observado que sería necesario prestar especial atención al contexto de la ley aplicable en la insolvencia de los grupos de empresas y que tal vez sería necesario adoptar soluciones diferenciadas para que quedaran contemplados casos tanto de liquidación como de reorganización transfronterizas.

41. Desde una perspectiva histórica, se recordó que, a fin de preparar la *Guía legislativa* de la CNUDMI, la HCCH y sus Estados miembros habían prestado asistencia mediante la realización de una encuesta en 2003 sobre la elección de la ley aplicable. En el cuestionario figuraban tres preguntas principales: 1) si los Estados contaban con normas específicas sobre la elección de la ley aplicable para los casos de insolvencia; 2) qué factores, relacionados entre sí, llevaban a la apertura de un procedimiento de insolvencia y servían para establecer el alcance de la *lex fori concursus*; y 3) qué excepciones se habían hecho a la norma de la *lex fori concursus*. A pesar del modesto número de respuestas recibidas (13) en razón de que el ejercicio se realizó en un plazo de tiempo breve, se observó la paradoja siguiente: si bien el texto del Reglamento de la Unión Europea había sido preparado entre Estados que tenían fuertes vínculos económicos y un nivel de desarrollo y una tradición jurídica similares, este contenía más excepciones a la *lex fori concursus* de lo recomendado por la *Guía legislativa* de la CNUDMI. Se señaló que el menor número de excepciones que se habían hecho en la *Guía legislativa* podrían explicarse porque en ese texto y en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza se había logrado una mayor armonización sustantiva que en el texto del Reglamento de la Unión Europea en el contexto europeo. En conclusión, se observó que tal vez sería necesario revisar el enfoque adoptado en el texto de la Unión Europea en que se aplicaba la misma norma sobre conflicto de leyes con independencia de la naturaleza del deudor o del tipo de procedimiento, en particular si se tenía en cuenta que las soluciones que podría ser necesario adoptar en el contexto de la liquidación y la reorganización tal vez fueran distintas.

42. Se expresó la opinión de que las normas básicas de derecho internacional privado se prestarían más a la armonización que las normas sustantivas que regían todos los derechos y contratos a los que afectaría el procedimiento de insolvencia. Se señaló que se había observado durante el Coloquio que existía una estrecha relación entre la ley aplicable en el procedimiento de insolvencia y la cuestión de la competencia internacional de los tribunales, se destacó que era importante que hubiera acuerdo sobre las consecuencias que ello tendría en materia de política y que hubiera claridad al respecto. Dado que había un gran número de similitudes en varios Estados y sistemas jurídicos en relación con esta cuestión, por ejemplo, respecto de la norma general de la *lex fori concursus*, se consideró que debería ser posible armonizar las normas de derecho internacional privado en esta materia. Si bien tal vez todavía no quedaba claro qué forma convendría adoptar para ese futuro instrumento (por ejemplo, ley modelo, guía legislativa, manual de prácticas, protocolos modelo), el texto debería complementar otros textos sobre insolvencia y asegurar que se respetara cabalmente la soberanía de los Estados, incluso sobre normas de competencia. Además, se opinó que la amplia

experiencia del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) de la CNUDMI sería invaluable para alcanzar una solución.

43. Al concluir el debate, un representante de la delegación de la Unión Europea ante el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) recordó que en 2019²⁶ la Unión Europea había propuesto que la CNUDMI trabajara en el futuro en esta esfera, y encomió a los participantes por el fructífero intercambio de opiniones realizado durante el Coloquio, en que se había sugerido que la existencia de normas uniformes sobre la ley aplicable en los procedimientos de insolvencia cubrirían las lagunas de la arquitectura actual de la insolvencia transfronteriza. Se puso énfasis en que se esperaba que la exploración de la cuestión de la ley aplicable avanzara de una forma que fuera coherente con el conjunto de la labor ya realizada por la CNUDMI en materia de insolvencia y tuviera en cuenta la labor más articulada que se reflejaba en el texto refundido del Reglamento de la Unión Europea. Se señaló que la claridad era especialmente importante en lo concerniente a la prelación que tendrían los créditos laborales, las compensaciones, las cuestiones relativas a la anulación, los sistemas de pago y los mercados financieros, las cuestiones relacionadas con la propiedad intelectual, los procesos judiciales y los procesos arbitrales en curso, los derechos reales de terceros, la reserva de dominio y los contratos sobre bienes inmuebles. También se observó que las perspectivas de que el resultado de la labor que se llevara a cabo en esa esfera tuviera éxito eran buenas y que la adopción de normas armonizadas y más modernas aumentaría la seguridad jurídica y la previsibilidad del derecho mercantil internacional, lo que a su vez ayudaría a fortalecer las economías en desarrollo y mejoraría su resiliencia.

44. Se observó que, si bien la Unión Europea contaba actualmente con un régimen de insolvencia transfronteriza muy desarrollado que incluía normas específicas sobre la ley aplicable, había un compromiso de mejorar ese sistema y que la Comisión Europea presentaría un informe sobre la aplicación del texto refundido del Reglamento de la Unión Europea a más tardar en 2027. El progreso de la labor de la CNUDMI en esta esfera, en colaboración con organizaciones con experiencia en el tema, como la HCCH, sería muy beneficiosa y se podría esperar que cumpliera la finalidad de mejorar el texto refundido del Reglamento de la Unión Europea en el futuro. Se señaló que se continuaba apoyando la idea de que se elaborara un instrumento que no solo promovería la uniformidad, sino que permitiría avanzar rápidamente para llegar a un consenso sobre soluciones en esta esfera, respetando la soberanía de los Estados y ofreciendo suficiente flexibilidad respecto de la aplicación de las soluciones que se encontraran.

45. Varios integrantes de distintas delegaciones de los Estados ante el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) expresaron apoyo por el proyecto. Además, se apoyó la opinión de que la propuesta que también se había formulado sobre la localización y recuperación de bienes en procesos civiles²⁷ se vinculaba con la propuesta sobre la ley aplicable y que el Grupo de Trabajo V, si la Comisión le encargara ambas tareas, tenía amplia experiencia trabajando en múltiples propuestas al mismo tiempo.

46. De las respuestas al cuestionario en línea²⁸ se desprendía que había acuerdo general acerca de que la falta de uniformidad respecto de la ley aplicable en materia de insolvencia transfronteriza obstaculizaba la finalidad general de los procedimientos de insolvencia y que sería viable armonizar las normas que regían la ley aplicable. Las respuestas al cuestionario indicaban, además, que existía un fuerte apoyo a que la labor general de la CNUDMI sobre insolvencia se complementara con una labor sobre la ley aplicable en los procedimientos de insolvencia, con énfasis en las acciones de anulación, los derechos de garantía, los derechos reales, los contratos de trabajo, la compensación y los procedimientos en curso. Sin embargo, en algunas respuestas se observaba que sería necesario seguir deliberando para conocer con exactitud el ámbito de aplicación de las normas sobre conflictos de leyes y sus excepciones.

²⁶ Programa de trabajo: propuesta de la Unión Europea, [A/CN.9/995](#).

²⁷ Programa de trabajo: propuesta de los Estados Unidos de América, [A/CN.9/996](#); Informe del Coloquio sobre la Localización y Recuperación de Bienes en Procesos Civiles, [A/CN.9/1008](#).

²⁸ En cuanto a las preguntas que figuraban en el cuestionario en línea, véase *supra*, el párr. 4, nota 5 de pie de página.

III. Conclusiones

47. A continuación se presentan las principales conclusiones que podrían extraerse de la labor exploratoria llevada a cabo por la secretaría de la CNUDMI sobre el tema y la discusión de las cuestiones en el Coloquio:

a) Se consideró que la ley aplicable en los procedimientos de insolvencia constituía a un tema de creciente importancia en la economía mundial actual. Si bien en la arquitectura actual de la insolvencia transfronteriza se había proporcionado alguna orientación sobre la ley aplicable y existía un instrumento regional más articulado, se opinaba que, sin embargo, era necesaria una armonización general sobre la ley aplicable en los procedimientos de insolvencia basada en los acontecimientos que se producían rápidamente, tanto en la práctica como en el marco jurídico de la insolvencia internacional.

b) En relación con la conclusión anterior y a la luz del marco actual de insolvencia transfronteriza, sería aconsejable considerar cuáles serían las normas sobre la ley aplicable que serían adecuadas tanto para la liquidación como para la reorganización.

c) La coherencia con los instrumentos previamente aprobados por la CNUDMI, relacionados con la insolvencia o con otras esferas de la labor, como las operaciones garantizadas, debería mantenerse.

d) En la ley aplicable sobre procedimientos de insolvencia se debería contemplar el tratamiento que debería darse a los bienes digitales y considerarse las cuestiones que podrían surgir de la digitalización de las operaciones y los mercados financieros.

e) Debería considerarse la posibilidad de incluir una serie de cuestiones concretas en la labor, como las acciones de anulación, derechos de garantía, derechos reales, los contratos de trabajo, las compensaciones y los procedimientos en curso.

48. A la luz de lo señalado precedentemente, la Comisión tal vez desee considerar si emprenderá la labor sobre el tema y, en caso afirmativo, determinar la forma y el alcance de dicha labor y el método que utilizaría:

a) *Forma.* Tal vez la Comisión recuerde que existe una vasta cantidad de textos de la CNUDMI sobre la insolvencia, entre ellos, tres leyes modelo (la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, la Ley Modelo sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Relacionadas con Casos de Insolvencia y la Ley Modelo sobre la Insolvencia de Grupos de Empresas) (además de las correspondientes guías de incorporación al derecho interno), así como un texto explicativo integral (la *Guía legislativa* de la CNUDMI), el último de los cuales contenía comentarios y recomendaciones sobre la ley aplicable en los procedimientos de insolvencia, en tanto que los textos anteriores establecían una arquitectura de la insolvencia transfronteriza que tenía incidencia en las cuestiones sobre la ley aplicable.

b) *Alcance.* La Comisión podría considerar si sería necesario limitar el alcance de cualquier labor futura que se lleve a cabo sobre el tema de alguna otra forma que no fuera realizar una labor que se limitara a la armonización de normas sobre la ley aplicable en los procedimientos de insolvencia.

c) *Método.* Toda posible labor futura sobre el tema podría realizarse en el marco de un grupo de trabajo o en la Comisión reunida en pleno, o podría ser llevada a cabo por la secretaría de la CNUDMI, con la participación de expertos. La Comisión tal vez recuerde que, en su 46º período de sesiones, celebrado en 2013²⁹, convino en utilizar cuatro pruebas para evaluar si la labor de elaboración de un tema desde el punto de vista legislativo debía confiarse a un grupo de trabajo, que consistían en determinar: i) si quedaba clara la posibilidad de que el tema se aviniera a la armonización

²⁹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, suplemento núm. 17 (A/68/17)*, párrs. 303 y 304.

internacional y a la elaboración por consenso de un texto legislativo; ii) si eran suficientemente claros el alcance de un futuro texto y las cuestiones normativas que serían objeto de deliberación; iii) si existía suficiente probabilidad de que un texto legislativo sobre la cuestión contribuyera a la modernización, armonización o unificación del derecho mercantil internacional; y iv) si con ello podría haber duplicación de la labor que realizaban otras organizaciones internacionales. La Comisión tal vez recuerde que todos los textos legislativos y la mayoría de los textos no legislativos han sido preparados por la CNUDMI en el marco de un grupo de trabajo o en los períodos de sesiones anuales de la Comisión. Algunos textos no legislativos, si bien fueron preparados por la secretaría de la CNUDMI, se sometieron posteriormente al examen y la aprobación de la Comisión, que autorizó que se publicaran como resultado de la labor de la secretaría.
