Naciones Unidas A/CN.9/1094

Asamblea General

Distr. general
11 de mayo de 2022
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
55º período de sesiones
Nueva York, 27 de junio a 15 de julio de 2022

Informe del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) sobre la labor realizada en su 60º período de sesiones (Nueva York, 18 a 21 de abril de 2022)

Índice

Página

I. Introducción . . . 2
II. Organización del período de sesiones . . . 2
III. Deliberaciones . . . 3
IV. Examen de una versión actualizada de la publicación *Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza: la perspectiva judicial* (A/CN.9/WG.V/WP.180) . . . 4
V. Examen de las cuestiones jurídicas derivadas de la localización y recuperación de bienes en el ámbito civil aplicada a procedimientos de insolvencia (A/CN.9/WG.V/WP.178) . . . 6
A. Naturaleza, alcance y forma que tendría el texto que se prepararía . . . 6
B. Términos relacionados con la LRA . . . 7
C. Disposiciones relacionadas con la LRA . . . 10
D. Lista ilustrativa de herramientas para la LRA . . . 13
E. Conclusión . . . 13
VI. Examen del tema de la ley aplicable en procedimientos de insolvencia A/CN.9/WG.V/WP.179) . . . 13
A. Finalidad y objetivos . . . 13
B. Forma que tendría el instrumento que se prepararía . . . 14
C. Ámbito de aplicación de las disposiciones legislativas . . . 14
D. Norma supletoria: *lex fori concursus* . . . 15
E. Excepciones a la *lex fori concursus* . . . 18
F. Excepción de orden público y otras disposiciones . . . 19
G. Conclusión . . . 20
VII. Otros asuntos . . . 20

V.22-02765 (S) 060622 060622

Se ruega reciclar

I. Introducción

1. En su 60º período de sesiones, el Grupo de Trabajo aprobó propuestas de actualización de la *Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la Insolvencia Transfronteriza: la perspectiva judicial* y siguió deliberando sobre dos temas nuevos que le había remitido la Comisión (la localización y recuperación civil de bienes y la ley aplicable en procedimientos de insolvencia). En el programa provisional anotado figura información de antecedentes sobre los temas examinados durante el período de sesiones (A/CN.9/WG.V/WP.177).

II. Organización del período de sesiones

2. El Grupo de Trabajo V, integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 60º período de sesiones del 18 al 21 de abril de 2022[1]. Se adoptaron las medidas necesarias para que las delegaciones pudieran participar a distancia o de manera presencial en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York. Las medidas se adoptaron de conformidad con la decisión de la Comisión de prorrogar hasta su 55º período de sesiones, en 2022, los arreglos previstos para la celebración de los períodos de sesiones de los grupos de trabajo de la CNUDMI durante la pandemia de COVID-19 que se describían en los documentos A/CN.9/1078 y A/CN.9/1038 (anexo I)[2].

3. Asistieron al período de sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argelia, Argentina, Australia, Austria, Belarús, Bélgica, Brasil, Burundi, Camerún, Canadá, Chile, China, Colombia, Croacia, Ecuador, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Filipinas, Finlandia, Francia, Hungría, India, Indonesia, Israel, Italia, Japón, Libia, Malasia, Malí, México, Pakistán, Perú, Polonia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, República de Corea, República Dominicana, Singapur, Sri Lanka, Sudáfrica, Suiza, Tailandia, Turquía, Ucrania, Venezuela (República Bolivariana de) y Viet Nam.

4. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Arabia Saudita, Armenia, Azerbaiyán, Bangladesh, Chad, Dinamarca, Egipto, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, Eswatini, Grecia, Guatemala, Kuwait, Lituania, Madagascar, Malta, Marruecos, Nepal, Omán, Países Bajos, Panamá, Paraguay, Qatar y Turkmenistán.

5. También asistieron al período de sesiones observadores de la Unión Europea.

6. Asimismo asistieron al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales:

a) *organizaciones del sistema de las Naciones Unidas*: Fondo Monetario Internacional y Grupo Banco Mundial;

b) *organizaciones gubernamentales internacionales invitadas*: Asamblea Interparlamentaria de los Estados miembros de la Comunidad de Estados Independientes (AIP-CEI), Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), e International Association of Insolvency Regulators (IAIR);

c) *organizaciones no gubernamentales internacionales invitadas*: Allerhand Institute, American Bar Association (ABA), Barreau de Paris, China Council for the Promotion of International Trade (CCPIT), European Banking Federation (EBF), European Law Institute (ELI), Federación Interamericana de Abogados (FIA),

[1] Acortado en un día. El 22 de abril de 2022 cayó en día feriado electivo de las Naciones Unidas (Viernes Santo ortodoxo). La Asamblea General, en sus resoluciones 53/208, en particular en el párr. 11, y 76/237, párrs. 5 y 6, invita a los órganos de las Naciones Unidas a que eviten celebrar reuniones en los días feriados electivos de las Naciones Unidas.

[2] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo sexto período de sesiones, suplemento núm. 17* (A/76/17), párr. 248.

Fondation pour le Droit Continental (FDC), Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (IIDC), INSOL Europe, INSOL International, International Bar Association (IBA), International and Comparative Law Research Center (ICLRC), International Insolvency Institute (III), International Law Institute (ILI), International Swaps and Derivatives Association (ISDA), International Women's Insolvency and Restructuring Confederation (IWIRC), Law Association for Asia and the Pacific (LAWASIA), New York City Bar (NYCBAR), PRIME Finance Foundation, Unión Internacional de Abogados (UIA) y Union Internationale des Huissiers de Justice et Officiers Judiciaires (UIHJ).

7. De conformidad con la decisión adoptada por los Estados miembros de la CNUDMI (véase el párr. 2 *supra*), las siguientes personas continuaron en sus cargos:

Presidente: Sr. Xian Yong Harold Foo (Singapur)

Relator: Sra. Jasnica Garašić (Croacia)

8. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí los siguientes documentos:

a) Programa provisional anotado (A/CN.9/WG.V/WP.177);

b) Nota de la Secretaría: localización y recuperación de bienes en el ámbito civil aplicada a procedimientos de insolvencia (A/CN.9/WG.V/WP.178);

c) Nota de la Secretaría: ley aplicable en procedimientos de insolvencia (A/CN.9/WG.V/WP.179), y

d) Nota de la Secretaría: actualizaciones de la *Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza: la perspectiva judicial* (A/CN.9/WG.V/WP.180).

9. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Apertura del período de sesiones.
2. Aprobación del programa.
3. Examen de las cuestiones jurídicas derivadas de la localización y recuperación de bienes en el ámbito civil aplicada a procedimientos de insolvencia.
4. Examen del tema de la ley aplicable en procedimientos de insolvencia.
5. Examen de una versión actualizada de la publicación *Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza: la perspectiva judicial.*
6. Otros asuntos.

III. Deliberaciones

10. El Grupo de Trabajo comenzó su labor con el examen de propuestas de actualización de la publicación *Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza: la perspectiva judicial* que figuraban en el documento de trabajo A/CN.9/WG.V/WP.180, con los cambios adicionales que se habían sugerido durante el período de sesiones (tema 5 del programa). Las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre ese tema del programa se resumen en el capítulo IV del presente informe. El Grupo de Trabajo acordó transmitir las propuestas de actualización para que las examinara la Comisión en su 55º período de sesiones.

11. El Grupo de Trabajo continuó su examen de los dos temas que le había remitido la Comisión en su 54º período de sesiones (véase el párr. 1 del presente informe) a partir de los documentos de trabajo (A/CN.9/WG.V/WP.178 y A/CN.9/WG.V/WP.179). Las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre el tema de la localización y recuperación de bienes en el ámbito civil aplicada a procedimientos de insolvencia se resumen en el capítulo V del presente informe. Las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre el tema de la ley aplicable en los procedimientos de insolvencia se resumen en el capítulo VI

del presente informe. El Grupo de Trabajo también abordó otras cuestiones que se resumen en el capítulo VII.

IV. Examen de una versión actualizada de la publicación *Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza: la perspectiva judicial* (A/CN.9/WG.V/WP.180)

12. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí un documento sobre actualizaciones de la *Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza: la perspectiva judicial* (A/CN.9/WG.V/WP.180). Tal como lo había solicitado la Comisión y de conformidad con el mecanismo utilizado en 2013 para actualizar esa publicación, el Grupo de Trabajo procedió a examinar las propuestas de actualización que se habían formulado.

13. El Grupo de Trabajo aprobó las propuestas para actualizar la publicación que figuraban en el documento A/CN.9/WG.V/WP.180, a las que hizo los siguientes cambios que la secretaría sugirió durante el período de sesiones:

a) En lo concerniente al párrafo 30 del documento de trabajo A/CN.9/WG.V/WP.180, se decidió proponer que se ampliara la nota 135 de pie de página correspondiente al párrafo 104 de modo que se hiciera referencia en ella al caso *Leitzbach*, en que el tribunal resumió los requisitos que debía cumplir el centro de los principales intereses del deudor (CPI) de conformidad con el Reglamento (CE) 1346/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000 sobre procedimientos de insolvencia (EIR), de la siguiente manera: i) una persona o entidad solo podía tener un CPI por vez; ii) en el caso de una persona natural, el CPI era el lugar donde se podía contactar con ella y normalmente sería su residencia habitual; iii) una persona natural tenía derecho a trasladar su CPI y lo que había que determinar era si lo había trasladado realmente o si el cambio era ilusorio; iv) un deudor no estaba obligado a hacer público su CPI, pero tampoco podía ocultarlo; v) la ubicación del CPI era una cuestión objetiva de cuál era el lugar en que el deudor llevaba a cabo de manera habitual la administración de sus negocios de forma que el lugar pudiera ser averiguado por terceros (la opinión subjetiva del deudor no era determinante); vi) la "administración habitual" exigía un grado de continuidad y permanencia, un sentido de normalidad y un vínculo estable con el foro, y vii) el motivo de un cambio del CPI podría llevar al tribunal a escudriñar las pruebas y examinar su autenticidad.

b) En relación con el párrafo 31 del documento A/CN.9/WG.V/WP.180, se decidió proponer que se añadiera a continuación del párrafo 111 una referencia al caso *LATAM Airlines Group S.A./Technical Latam S.A.*[3], en que el tribunal de Chile había refutado la presunción de que el deudor, que estaba registrado en Chile, tuviera en su CPI en ese país, y había considerado que el CPI se encontraba en otra jurisdicción en la que el deudor desarrollaba una parte sustancial de sus actividades empresariales, en que había tenido lugar el procedimiento de reorganización, en que se negociaban las acciones del deudor, y cuya ley regía la financiación que había obtenido el deudor, que había implicado la emisión de bonos internacionales.

c) En relación con el párrafo 32 del documento de trabajo A/CN.9/WG.V/WP.180, se decidió proponer que se ampliara la nota 152 de pie de página correspondiente al párrafo 117 de modo que se hiciera referencia en ella al caso *NIKI Luftfahrt*, en el que el tribunal había sostenido que los medios sociales podían utilizarse para ayudar a determinar si el CPI era comprobable por terceros.

d) Se decidió proponer que se ampliara la nueva nota de pie de página que se proponía en el párrafo 32 del documento A/CN.9/WG.V/WP.180 añadiendo el siguiente texto: "En la Unión Europea, en el caso *MH c. OJ*, el tribunal sostuvo que a fin de determinar cuál era el CPI debían evaluarse conjuntamente todos los criterios objetivos que pudieran ser comprobados por terceros, y en particular por los acreedores; que en el caso de una persona natural que no ejerciera una actividad empresarial o profesional

[3] Caso núm. C-8553-2020.

independiente, la presunción *juris tantum* era que su CPI era el lugar de residencia habitual; y que esa presunción no quedaba desvirtuada por el mero hecho de que su único bien inmueble estuviese situado en un Estado distinto del de su residencia habitual".

e) En relación con el párrafo 35 del documento de trabajo A/CN.9/WG.V/WP.180, se decidió añadir una referencia al caso del Tribunal de Justicia de la Unión Europea *Galapagos BidCo*[4], en el que el tribunal había resuelto que el tribunal de un Estado miembro de la Unión Europea ante el cual se hubiera presentado una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia principal conservaba la competencia exclusiva para abrir ese procedimiento cuando el CPI del deudor se trasladara a otro Estado miembro de la Unión Europea con posterioridad a la presentación de tal solicitud, pero antes de que dicho tribunal se hubiera pronunciado sobre ella. Por lo tanto, en la medida en que el Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015 sobre procedimientos de insolvencia (texto refundido) (el "texto refundido del REI") seguía siendo aplicable a dicha solicitud, el tribunal de otro Estado miembro de la Unión Europea ante el que posteriormente se hubiera presentado una solicitud con el mismo objeto no podría, en principio, declararse competente para abrir un procedimiento de insolvencia principal hasta que el tribunal que hubiera intervenido en primer término se hubiera pronunciado y declinado su competencia.

f) En relación con el párrafo 41 del documento de trabajo A/CN.9/WG.V/WP.180, se decidió añadir una nota de pie de página en el párrafo 140 en que se señalara que el concepto de "establecimiento" se había utilizado también en el contexto del impuesto sobre el valor añadido, en relación con el cual existía una jurisprudencia muy desarrollada. En ese contexto, cabría hacer referencia al caso *Titanium Ltd c. Bundesfinanzgeright Austria*[5], en el que el tribunal había confirmado que un "establecimiento" era una empresa que se caracterizaba por un grado suficiente de permanencia y una estructura adecuada en términos de recursos humanos y técnicos que le permitían prestar los servicios que suministraba.

g) Se decidió no reflejar el contenido del párrafo 54 del documento de trabajo A/CN.9/WG.V/WP.180 en la nota 30 de pie de página correspondiente al párrafo 21 de la *Perspectiva judicial*, sino en la sección de la *Perspectiva judicial* sobre cooperación y coordinación y ampliar esa sección haciendo referencia a otro caso de LATAM[6], en el cual, los tribunales de Chile, Colombia, los Estados Unidos y las Islas Caimán, accediendo a una sugerencia formulada por las autoridades competentes de Chile, habían aplicado un protocolo de cooperación para facilitar una administración adecuada y eficiente de un procedimiento. El protocolo se refería a aspectos procesales tales como los canales de comunicación (llamadas telefónicas, videoconferencias, etc.), las audiencias conjuntas, la necesidad de traducciones, la custodia de documentos confidenciales, la presentación de informes sobre los progresos realizados y las audiencias conjuntas para la explicación de esos informes. Posteriormente, el deudor había presentado informes mensuales ante todos los tribunales competentes en los que se resumían los progresos realizados en relación con el procedimiento previsto en el capítulo 11 del Código de Quiebras de los Estados Unidos.

14. El Grupo de Trabajo acordó trasmitir a la Comisión las propuestas de actualización que figuraban en el documento A/CN.9/WG.V/WP.180, con los cambios enumerados precedentemente, para que los examinara en su 55º período de sesiones, en 2022. El Grupo de Trabajo recomendó que, en caso de que la Comisión estuviera satisfecha con las propuestas de actualización, la Comisión podría autorizar a la secretaría a publicar lo antes posible una versión actualizada de la *Perspectiva judicial* en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas en el formato en que se habían publicado las ediciones anteriores y solicitar a la secretaría que mantuviera la publicación actualizada para que

[4] Caso núm. C-723/20.
[5] Caso núm. C-931/19.
[6] *LATAM Airlines Group S.A./Technical Training LATAM S.A.*, caso núm. C-8553-2020, 20 de agosto de 2020.

siguiera cumpliendo su objetivo. El Grupo de Trabajo subrayó que sería oportuno publicar en 2022 la versión actualizada de la *Perspectiva judicial* en razón de que el 30 de mayo de 2022 se cumplía el 25º aniversario de la aprobación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (1997).

15. Al concluir el examen de este tema del programa, muchas delegaciones subrayaron que la versión actualizada que se publicara constituiría un valioso instrumento de orientación para los Estados que hubieran promulgado o estuvieran considerando la posibilidad de promulgar la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza. Por lo tanto, se consideró esencial darle la más amplia difusión posible entre las partes interesadas, incluso mediante asistencia técnica, creación de capacidad y otras actividades de promoción de la secretaría. Algunas delegaciones subrayaron la necesidad de que se siguiera ampliando el espectro geográfico de los casos recogidos en la *Perspectiva judicial* cuando se prepararan las futuras versiones actualizadas de la publicación. Se sugirió que el texto actualizado se distribuyera a los Estados para que hicieran comentarios.

V. Examen de las cuestiones jurídicas derivadas de la localización y recuperación de bienes en el ámbito civil aplicada a procedimientos de insolvencia (A/CN.9/WG.V/WP.178)

16. El Grupo de Trabajo examinó las cuestiones que se habían planteado en una nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.V/WP.178) en relación con las disposiciones de los textos de la CNUDMI sobre la insolvencia que guardaban relación con la localización y recuperación civiles de bienes (LRA). Además, se informó oralmente al Grupo de Trabajo sobre el estado de recepción de las comunicaciones que habían presentado los Estados en relación con la solicitud distribuida por la secretaría de la CNUDMI el 29 de diciembre de 2021 de que proporcionaran información sobre las herramientas para la LRA que se utilizaban en sus jurisdicciones, además de las ya mencionadas en el informe del Coloquio sobre el tema (A/CN.9/1008) y en el documento de trabajo A/CN.9/WG.V/WP.175.

17. El Grupo de Trabajo tomó nota de que, al 18 de abril de 2022, habían respondido 15 Estados, siendo todos ellos Estados con sistemas jurídicos de tradición romanista, y de que se esperaban más comunicaciones. La mayoría de las respuestas se referían a herramientas que ya habían sido mencionadas en el informe del Coloquio sobre el tema (A/CN.9/1008) y los documentos de trabajo A/CN.9/WG.V/WP.175 y A/CN.9/WG.V/WP.178. El Grupo de Trabajo tomó nota de que se presentaría un inventario de herramientas para la LRA al Grupo de Trabajo en su 61er período de sesiones, que tendría lugar en el segundo semestre de 2022.

A. Naturaleza, alcance y forma que tendría el texto que se prepararía

18. Se invitó al Grupo de Trabajo a que aclarara la naturaleza y el alcance que tendría el texto que se pretendía elaborar, en particular si tendría como finalidad servir de orientación solo a los legisladores, a los profesionales o a ambos. Al respecto, se manifestaron opiniones variadas: algunas delegaciones preferían que se prepararan orientaciones para los legisladores, que se esperaba que también resultarían educativas e informativas para los profesionales, mientras que otras delegaciones consideraban que debía prepararse un conjunto de herramientas orientado principalmente a capacitar e informar a los profesionales. Otra opinión fue que en la primera etapa del proyecto la secretaría debería compilar todos los materiales que hubiera sobre el tema, incluidas las experiencias que se hubieran tenido en relación con la LRA a través de fronteras, lo que permitiría al Grupo de Trabajo decidir, en una etapa posterior, la forma que se adoptaría para el texto y quiénes serían sus principales destinatarios.

19. Se destacó que la LRA era compleja, que se relacionaba con múltiples cuestiones jurídicas y no jurídicas y que no podrían resolverse todas ellas aprobando una sola ley.

Se consideró que sería necesario seguir investigando, en particular los aspectos técnicos de la LRA, de modo que pudieran tratarse todos ellos en profundidad en un futuro texto que sirviera a los profesionales. Se expresó entonces apoyo a que se preparara un texto en que se brindara orientación tanto a los legisladores como a los profesionales.

20. Aunque se postergara el examen sobre la naturaleza y el alcance del texto, el Grupo de Trabajo consideró que en general era aceptable la forma en que se presentaban los materiales en el documento de trabajo A/CN.9/WG.V/WP.178 y el nivel de detalle que se proporcionaba respecto de las herramientas para la LRA (para una opinión diferente sobre esta última cuestión, véase el párr. 59 del presente informe). Se sugirió que se explicaran mejor las "medidas provisionales" en el cuadro 3, en particular aclarando la vinculación que existía entre los bienes que podían verse afectados por esas medidas y la masa de la insolvencia.

B. Términos relacionados con la LRA

21. En el entendimiento de que las definiciones de los términos que se encontraran bien establecidos, que se utilizaban ampliamente y que figuraban en los textos de la CNUDMI sobre la insolvencia no deberían modificarse dado que de otro modo se generarían incoherencias y confusión, se plantearon las siguientes cuestiones específicas de la LRA en relación con algunas de las definiciones que figuraban en esos textos. Asimismo, se señaló que tal vez fuera necesario actualizar algunas otras definiciones que se utilizaban en los textos de la CNUDMI sobre la insolvencia, teniendo en cuenta que con el tiempo se habían ido aprobado más textos de la CNUDMI sobre la insolvencia. Se señaló que podrían introducirse esos cambios en un texto sobre la LRA, según y cuándo correspondiera, en particular dependiendo del contexto en que se utilizaran los términos. Se señaló también que tal vez fuera preciso añadir nuevas definiciones según las necesidades del proyecto y que quizás fuera necesario volver a examinar todas las definiciones más adelante.

1. "Bienes del deudor", "localización de bienes" y "masa de la insolvencia"

22. El Grupo de Trabajo escuchó propuestas en relación con la posibilidad de añadir en la definición de "bienes del deudor" referencias a: a) bienes cuya existencia no hubiera sido declarada o se hubiera ocultado; b) bienes que hubieran sido transferidos sin cargo o por un valor inferior al real; c) bienes recuperados mediante procedimientos de anulación, y d) bienes adquiridos con posterioridad a la apertura del procedimiento de insolvencia, a fin de aclarar que esos bienes seguían perteneciendo a la masa de la insolvencia. Una propuesta relacionada con esta fue que se añadieran las palabras "incluidos los bienes que puedan ser objeto de procedimientos de anulación en interés de los acreedores" al final de la definición de "localización de bienes".

23. El Grupo de Trabajo observó que la secretaría había formulado una propuesta similar en el documento de trabajo A/CN.9/WG.V/WP.178 en relación con la definición de "masa de la insolvencia". Observando al respecto el contenido de las recomendaciones 313 y 314 que se habían añadido recientemente y la recomendación 35 de la *Guía de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia* (la *Guía*), el Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en que sería importante que hubiera coherencia entre las definiciones y las recomendaciones, así como entre las distintas definiciones entre sí.

2. "Producto líquido"

24. Se sugirió que se aclarara que "producto" tendría un sentido más amplio en el contexto de la LRA que el que tenía actualmente en la definición de "producto líquido".

3. "Centro de los principales intereses (CPI)"

25. Se sugirió que el párrafo 145 de la *Guía para la incorporación al derecho interno y la interpretación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza* se utilizara como punto de partida para actualizar la definición de CPI.

4. “Crédito” y “acreedor”

26. Se expresó preferencia por que se conservara el texto que figuraba en el segundo par de corchetes de la definición de “crédito” y que se eliminara el resto de la definición. A fin de armonizar la definición de “crédito” con la definición de “acreedor”, se propuso que se reemplazaran en la definición de “acreedor” las palabras “al deudor” por las palabras “a la masa de la insolvencia”.

5. “Deudor en posesión”, “representante de la insolvencia” y “profesional independiente”

27. Se expresaron inquietudes acerca de la definición del término “deudor en posesión”. Se observó que la definición no contemplaba las situaciones en que el deudor en posesión no conservaba el pleno control del negocio, sino un control parcial. A fin de dar respuesta a esa inquietud, se sugirió que se eliminara la palabra “pleno” y se añadiera, a continuación de la palabra “negocios”, la frase “tras la apertura de un procedimiento de reorganización”. También se expresaron inquietudes porque la definición no reflejaba un requisito que establecían algunas jurisdicciones de que se nombrara un representante de la insolvencia en todos los casos en que hubiera un deudor en posesión. A fin de solventar esa carencia, se consideró necesario reemplazar las palabras “no nombra” por las palabras “no podría nombrar”. Estas propuestas recibieron apoyo.

28. En respuesta a algunas de esas inquietudes, se señaló que la persona que hubiera sido nombrada por el tribunal para prestar asistencia al deudor en posesión o supervisarlo no sería el representante de la insolvencia, dado que ese término se encontraba definido en el cuadro. Por lo tanto, se propuso que se introdujera otro término (por ejemplo, “profesional de la insolvencia” o “profesional”) que fuera más adecuado en ese contexto en particular. Como alternativa, se sugirió que se modificara la definición de “representante de la insolvencia” de modo que dijera que las funciones del representante de la insolvencia podrían consistir solamente en asistir al deudor en posesión o supervisarlo y que no siempre incluirían la administración de la reorganización o la liquidación de los bienes o negocios del deudor ni siempre significarían que actuaría como representante del procedimiento de insolvencia. Se expresaron opiniones en contra de que se hicieran esas modificaciones, dado que ya había un entendimiento bien establecido acerca del término “representante de la insolvencia”, que era el que se encontraba definido, entre otros, en los textos de la CNUDMI sobre la insolvencia.

29. Se sugirió que para separar la definición de “profesional independiente” que se había introducido en el contexto de la insolvencia de las microempresas y pequeñas empresas (insolvencia de las MYPE) de la definición de “representante de la insolvencia”, podría colocarse ese texto entre corchetes y evaluar en una etapa posterior si sería necesario en el contexto de la LRA.

6. “Exoneración”

30. Se propuso que la definición del término reflejara con mayor exactitud que no se otorgaría la exoneración si el deudor no cumplía las obligaciones que le incumbieran en virtud de la ley de insolvencia, incluso en el contexto de la LRA, y que por las mismas razones la exoneración que se hubiera otorgado podría revocarse. El Grupo de Trabajo recordó que había examinado las mismas cuestiones al redactar la recomendación 361 para el texto de insolvencia de las MYPE, que se basaba a su vez en la recomendación 194 de la *Guía*. Se acordó que sería importante asegurar que hubiera coherencia entre el texto sobre LRA y esas recomendaciones.

7. “Sentencia” y “tribunal”

31. En relación con el término “sentencia”, se señaló que la segunda oración del párrafo 8 del Glosario de la *Guía* establecía límites a la noción de “tribunal” que serían inapropiados en el contexto de la LRA. Se consideró que un texto sobre la LRA debería establecer lo contrario, y explicar en particular que otras autoridades y tribunales

tendrían pertinencia en el contexto de la LRA: sus actos podrían desencadenar la apertura de un procedimiento de insolvencia o incidir en la LRA (por ejemplo, otras autoridades y tribunales que no intervinieran en el procedimiento de insolvencia podrían determinar la situación de créditos litigiosos, decidir sobre derechos laborales y dirigir procedimientos de anulación).

32. Se observó que, dado que la definición del término "sentencia" se encontraba bien establecida, no debería modificarse, sino que en vez de ello las cuestiones planteadas precedentemente podrían abordarse en el contexto de la definición del término "tribunal". Se reconocieron las consecuencias que tendrían esas cuestiones en la definición de ambos términos, "sentencia" y "tribunal".

8. "Procedimiento no principal"

33. Se propuso que se abreviara la definición eliminando todas las palabras después de "establecimiento" y que se utilizaran mayúsculas para este último término.

9. "Curso ordinario de los negocios"

34. En relación con este término, se consideró que sería útil explicar que: a) en algunas jurisdicciones se tendrían en cuenta la dimensión y la frecuencia de las operaciones a efectos de determinar cuáles de ellas estarían comprendidas en el curso ordinario de los negocios, y b) quedarían excluidas, sin embargo, las operaciones ilegales e inapropiadas, como las estafas Ponzi.

10. "Parte interesada"

35. Se expresó preocupación por que se excluyera con la segunda oración a los acreedores que podrían ver sus intereses remotos o difusos afectados por procedimientos de insolvencia, y se señaló que esos acreedores deberían, a pesar de ello, ser considerados partes interesadas (por ejemplo, los acreedores involuntarios reconocidos por la ley ambiental). Hubo distintas opiniones respecto de si debería eliminarse la segunda oración de la definición o si deberían introducirse otras modificaciones para dar respuesta a esa preocupación (por ejemplo, reemplazando las últimas palabras de la primera oración con "cualquier otro tercero afectado", "cualquier otra persona que se viera similarmente afectada" o "así como cualquier otra persona que tuviera un interés legítimo en el negocio del deudor"). Algunas delegaciones consideraron que era importante conservar la segunda oración en la definición, dado que establecía límites adecuados respecto del grupo de personas a quienes se deseaba incluir, si se tenía en cuenta la referencia que se hacía en la oración anterior a "cualquier otra persona que pueda verse igualmente afectada", referencia que, sin la segunda oración, haría que la definición tuviera un alcance excesivamente amplio.

36. Otros señalaron que la definición no debería significar que todas las personas que se encontraran enumeradas después de "a saber" serían consideradas automáticamente partes interesadas en todos los casos. Se señaló en particular que los titulares de capital social no serían considerados partes interesadas si el deudor fuera irremediablemente insolvente. Otra opinión fue que la enumeración era útil, puesto que se mencionaban en ella personas que serían consideradas *a priori* partes interesadas a menos que el tribunal decidiera lo contrario.

11. "Matriz"

37. Se observó que en la definición de "grupo de empresas" se hacía referencia tanto a los conceptos de "control" como de "participación significativa", en tanto que el en término "matriz" solo se hacía referencia al concepto de "control". Se consideró necesario que se velara por que hubiera coherencia entre las dos definiciones incluyendo ambos conceptos en la definición de "matriz".

12. “Persona allegada”

38. Recordando las deliberaciones sobre la misma cuestión que habían tenido lugar en el 59º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/1088, párr. 52 a)), se expresó apoyo a que se proporcionara una definición abierta que permitiera a los tribunales determinar caso por caso quiénes eran personas allegadas.

13. “Período de sospecha”

39. Se sugirió que se explicara mejor la cuestión de la transmisión fraudulenta de bienes. Recordando que el período de sospecha era pertinente en el contexto de las anulaciones en tanto que en la LRA no habría necesariamente anulaciones, se sugirió que se añadiera otro término que hiciera referencia al plazo para recuperar bienes. Además, se señaló que también debería reflejarse la posibilidad de que pudiera corregirse el valor de los bienes que se hubieran transferido por un valor inferior al del mercado de modo que se considerara su valor de mercado normal.

C. Disposiciones relacionadas con la LRA

1. Objetivos principales

40. En respuesta a las inquietudes que se habían expresado en relación con las sanciones a que se hiciera referencia en los objetivos principales, se observó que las sanciones y los regímenes de responsabilidad eficaces eran indispensables para llevar a cabo una LRA eficiente y eficaz. Algunas delegaciones, sin poner en duda esto último, preferían que la labor se centrara en las acciones de anulación, las vías civiles de reparación y los arreglos amistosos, en vez de en medidas coercitivas. En particular, se consideró que contemplar la aplicación de sanciones penales excedía el mandato de la CNUDMI y el alcance del proyecto. (Véanse los párrs. 56 a 58 del presente informe para un análisis más extenso de estas cuestiones).

2. Condiciones de admisibilidad y jurisdicción

41. El Grupo de Trabajo recordó las cuestiones relacionadas con las definiciones de “tribunal” y “sentencia” que se habían planteado en el período de sesiones en curso (véanse los párrs. 31 y 32 del presente informe) y observó que eran pertinentes para las disposiciones relacionadas con la LRA sobre condiciones de admisibilidad y jurisdicción. Se explicó que a menudo se abrían procedimientos relacionados con la LRA ante distintos tribunales, tanto en el país de que se tratara como en el extranjero (por ejemplo, en jurisdicciones a las que se hubieran transferido bienes de la masa). En ese contexto, se destacó el papel de coordinación que tendría el tribunal ante el cual se hubiera abierto el procedimiento de insolvencia. También se señaló que podrían existir distintos factores de conexión que permitieran establecer jurisdicción respecto de acciones de LRA (por ejemplo, la ubicación del deudor o de las personas allegadas a quienes tal vez hubieran sido transferidos los bienes de forma fraudulenta).

3. Medidas preventivas

42. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en que se añadiera una referencia a las obligaciones del deudor, en que se diferenciaran las obligaciones del deudor que surgieran en el período cercano a la insolvencia de las que existirían cuando la actividad mercantil se desarrollaba normalmente. Se proporcionaron ejemplos concretos de obligaciones que existirían en el período cercano a la insolvencia, como la obligación de llevar listas detalladas de las transferencias realizadas, en particular de las transferencias preferenciales, acompañadas de las justificaciones de haberlas realizado. También se convino en que se dejaría en claro que el período en que se aplicarían las medidas preventivas en general, ya fuera que estas estuvieran relacionadas con actos de los directores o del deudor, era el período cercano a la insolvencia.

4. Determinación de los bienes de la masa de la insolvencia y utilización y disposición de esos bienes

43. En respuesta a una pregunta, se aclaró que cuando se hacía referencia a operaciones no autorizadas se estaba haciendo referencia a las operaciones realizadas por el deudor entre la presentación de la solicitud de apertura del procedimiento y la apertura de este o después de la apertura del procedimiento, pero sin la autorización del representante de la insolvencia o del tribunal. Como se señalaba en la *Guía*, el efecto que tendrían esas operaciones era que todos los bienes que se hubieran transmitido debían restituirse al representante de la insolvencia y que no podrían ejecutarse bienes de la masa para satisfacer el cumplimiento de ninguna de las obligaciones que se hubieran contraído. Se observó que podría ser necesario hacer una referencia al respecto en algún otro lugar de las disposiciones relacionadas con la LRA.

44. Se señaló al Grupo de Trabajo que las cuestiones que se habían planteado en el contexto de la definición de la expresión "curso ordinario de los negocios" (véase el párr. 34 del presente informe) serían aplicables a las disposiciones relacionadas con la LRA en que aparecía esa expresión.

5. Facultades del representante de la insolvencia

45. Hubo opiniones divergentes acerca de hasta qué punto podría el representante de la insolvencia realizar las acciones relacionadas con la LRA que figuraban en el cuadro, en particular las que se señalaban en el punto e), sin autorización del tribunal. También se expresaron opiniones divergentes acerca de si sería deseable incluir el derecho del representante de la insolvencia a tener "acceso directo" a información confidencial o clasificada. Algunas delegaciones opinaron que podría otorgarse ese acceso, dado que ya existían suficientes salvaguardias para que pudiera accederse a ese tipo de información o utilizársela. Otras delegaciones adoptaron un enfoque más cauto y mencionaron las consecuencias que ello tendría para los derechos del deudor, los acreedores y terceros.

46. Se observó que las salvaguardias no deberían restringir por inadvertencia facultades que eran inherentes del representante de la insolvencia con respecto a la conservación y la protección de la masa de la insolvencia, por ejemplo, la interposición de acciones de anulación o la obtención de los registros de la empresa que estuvieran en poder del deudor. En relación con esta cuestión, se recordó que el deudor y los directores tenían la obligación correspondiente de proporcionar información al representante de la insolvencia y de cooperar con él en otros aspectos.

47. Además, se destacó que las salvaguardias no deberían socavar la eficacia de la LRA. En particular, deberían utilizarse procedimientos *ex parte* y a puerta cerrada cuando fuera necesario impedir que se siguieran disipando bienes.

6. Consolidación patrimonial

48. Si bien se reconoció que la consolidación patrimonial debía tratarse con cautela porque planteaba cuestiones delicadas, entre ellas la necesidad de que se respetara el principio de las identidades jurídicas separadas, se expresó apoyo a que se añadiera en un texto sobre la LRA una referencia al otro de los motivos previstos para la consolidación patrimonial —que los bienes o deudas estuvieran entremezclados— en la recomendación 220 a) de la *Guía*. Se recordó el caso *Nortel* en que se habían consolidado algunos aunque no todos los bienes de las empresas de un grupo, pero en que no se había realizado una consolidación patrimonial de las empresas del grupo. Además de las cuestiones relacionadas con la mezcla de bienes y deudas, se consideró importante no pasar por alto las percepciones que tuvieran los acreedores en sus relaciones y operaciones con las empresas de un grupo.

49. Se observó que, cuando una empresa insolvente de un grupo de empresas transfiriera bienes a una empresa solvente del grupo, debería autorizarse la consolidación patrimonial de bienes y deudas de esas empresas solventes e insolventes

si se cumplieran los demás requisitos que debían darse para que se ordenara la consolidación patrimonial.

7. Anulación

50. Se sugirió que se ampliaran las disposiciones relacionadas con la LRA sobre anulación con disposiciones sobre transferencias inapropiadas de bienes después de la apertura del procedimiento de insolvencia. Otra opinión fue que la anulación era pertinente en el contexto de las operaciones que tuvieran lugar antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, en tanto que existía un régimen jurídico distinto para las operaciones no autorizadas que se realizaran una vez abierto ese procedimiento (véase el párr. 43 del presente informe).

51. Hubo distintas opiniones sobre si debería restringirse el derecho de los acreedores a interponer acciones de anulación, como se preveía en el cuadro. Se confirmó el criterio que se adoptaba en la *Guía* sobre esa cuestión.

52. Se consideró que, dado que la maximización del valor de la masa de la insolvencia era uno de los objetivos de la LRA, también debería ser posible anular operaciones que, como consecuencia de un aumento de precios, serían tratadas como susceptibles de anulación tras la apertura del procedimiento de insolvencia.

53. Otras sugerencias fueron que se aclararan cuáles serían los mecanismos que se utilizarían para afrontar el costo que tendría la anulación de las operaciones garantizadas y la interrelación que habría entre las medidas provisionales y la anulación.

8. Medidas contra los directores

54. En respuesta a una pregunta relacionada con la tercera oración de la parte pertinente del cuadro, se confirmó el criterio que se adoptaba en la cuarta parte de la *Guía*. Con respecto a las circunstancias que justificarían que se impusieran sanciones contra los directores en el contexto de la LRA, se expresaron opiniones en el sentido de que, a fin de no desalentar a las personas físicas de actuar como directores, debería establecerse un umbral más elevado, por ejemplo, que fuera necesario probar la falta y la incompetencia. Otra opinión fue que la LRA no sería eficaz si no se hiciera rendir cuentas a los directores de su incumplimiento deliberado de las obligaciones que les incumbieran en relación con la LRA.

55. Al respecto, se subrayó que existía una diferencia entre el enfoque que debería adoptarse en el contexto de la LRA y el que se adoptaba en relación con esas cuestiones en la cuarta parte de la *Guía*. En respuesta a esa observación, se dijo que tal vez fuera deseable que se adoptara, en el contexto de la LRA, el criterio que se utilizaba en la cuarta parte de la *Guía*. Se explicó que, si se seguía ese criterio, en las disposiciones se establecerían las obligaciones que tendrían los directores en relación con sus obligaciones en materia de LRA, y se diferenciarían claramente las obligaciones que existirían en circunstancias normales (como llevar un registro de la empresa que fuera detallado, completo y exacto) de las obligaciones más onerosas que surgirían en el período cercano a la insolvencia y durante el procedimiento de insolvencia. Se consideró que sería útil recordar a los directores que sus obligaciones en ese último contexto serían para con los acreedores y que sería útil informar a los directores de las medidas que podrían adoptarse al respecto.

9. Sanciones

56. Se expresaron distintas opiniones acerca de cómo debería tratarse la cuestión de las sanciones en el contexto de la LRA. Por un lado, se reconoció que las sanciones, incluidas las penales, facilitaban la LRA tanto en el contexto de la insolvencia nacional como en el contexto de la insolvencia transfronteriza (por ejemplo, podría imponerse una sanción a cualquier persona que controlara o tuviera en su poder los registros de la empresa del deudor por cada día que se demorara en entregarlos al representante de la insolvencia).

57. Por otro lado, la mayoría de las delegaciones estuvo de acuerdo en que, desde el punto de vista de los acreedores, el objetivo principal de las sanciones era facilitar la recuperación de los bienes de la masa de la insolvencia y que, con esa finalidad, era preferible la anulación a la imposición de sanciones penales o administrativas contra el deudor. También se destacó la importancia de que se adoptaran medidas preventivas (fomento de la capacidad, capacitación, actividades de concienciación, información) en ese contexto. Se expresó la opinión de que, en atención a que la localización y recuperación de los bienes de la masa de la insolvencia se regiría por la ley procesal civil, los aspectos penales deberían quedar excluidos del proyecto.

58. Reconociendo que podrían adoptarse distintos tipos de sanciones en virtud de la ley de insolvencia o de otras leyes, por ejemplo por aplicación de normas de derecho empresarial, derecho administrativo y derecho penal, se consideró que el proyecto de LRA debería tratar solamente de las sanciones que se impusieran con arreglo al régimen de la insolvencia (como la denegación o revocación de la exoneración o el resarcimiento por daños y perjuicios). Además, se señaló que el término "sanciones" podría tener connotaciones penales y que, por lo tanto, quizás podría utilizarse algún otro término en el contexto de la LRA, por ejemplo, "medidas". Se consideró que era fundamental asegurar que los regímenes de sanciones y responsabilidad no interfirieran ni socavaran la eficacia de la LRA. También se consideró que era importante preservar la flexibilidad para que los tribunales pudieran imponer sanciones selectivas y específicas, caso por caso, dependiendo de las circunstancias y de la situación de que se tratara. Se hizo hincapié en que sería necesario utilizar un criterio más amplio en relación con las personas que podrían ser objeto de sanciones.

D. Lista ilustrativa de herramientas para la LRA

59. Se expresó la opinión de que sería necesario proporcionar orientación más detallada sobre las herramientas para la LRA y que podrían añadirse otras categorías de herramientas. Se consideró que sería particularmente útil introducir esas herramientas que facilitarían y agilizarían la LRA a través de fronteras, entre ellas el reconocimiento de la determinación provisional que hicieran los tribunales de que un bien formaba parte de la masa de la insolvencia.

E. Conclusión

60. Se reiteraron opiniones que se habían expresado respecto de la forma que podría adoptarse para el instrumento que se prepararía sobre la LRA (véanse los párrs. 18 y 19 del presente informe).

61. Se sugirió que la forma que se adoptara para el documento que se preparara para el siguiente período de sesiones del Grupo de Trabajo no impidiera que más tarde el proyecto se adoptara como texto legislativo u otro tipo de texto, por ejemplo, como una guía de prácticas o como la combinación de un texto legislativo y una guía de prácticas. Se observó que, para que no hubiera confusión, debería evitarse que se produjera una superposición con otros textos existentes de la CNUDMI sobre insolvencia.

VI. Examen del tema de la ley aplicable en procedimientos de insolvencia (A/CN.9/WG.V/WP.179)

A. Finalidad y objetivos

62. En cuanto al párrafo 6 del documento de trabajo A/CN.9/WG.V/WP.179, se expresaron las siguientes opiniones: a) la principal finalidad de las disposiciones legislativas sería aumentar la certeza y previsibilidad de los procedimientos de insolvencia lo que, a su vez, mejoraría su eficiencia y eficacia y evitaría la búsqueda indebida de foros de conveniencia; b) si, a pesar de que se adoptaran esas medidas, subsistiera el riesgo de que se buscaran foros de conveniencia, ese riesgo debería

solventarse en el ámbito interno de cada Estado, y c) que, en etapas posteriores del proyecto, podría ser necesario añadir otras consideraciones para complementar la finalidad declarada de las disposiciones legislativas de reforzar la aplicación de la *lex fori concursus*, en particular podría añadirse que las disposiciones legislativas también servirían para llenar las lagunas respecto de la ley aplicable en procedimientos de insolvencia en la estructura de insolvencia transfronteriza prevista en las leyes modelo de la CNUDMI en el ámbito de la insolvencia.

63. No se apoyó una sugerencia de que se modificara el apartado c) del párrafo 7 del documento A/CN.9/WG.V/WP.179 para que dijera: "evitar que se elija un foro que ponga en peligro las expectativas legítimas de los acreedores". Se observó que prevenir la búsqueda indebida de foros de conveniencia y eliminar la posibilidad de proteger bienes en jurisdicciones que les sirvan de refugio eran los principales objetivos del proyecto y, por esa razón, debería conservarse en ese apartado la referencia a la búsqueda indebida de un foro de conveniencia.

64. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo con que la finalidad y los objetivos del proyecto fueran los que figuraban en los párrafos 5 a 7 del documento de trabajo A/CN.9/WG.V/WP.179, y señaló que tal vez se necesitaría complementarlos con otras finalidades y objetivos en etapas posteriores del proyecto.

B. Forma que tendría el instrumento que se prepararía

65. Se expresaron distintas opiniones sobre la forma que tendría el instrumento que se prepararía. Se mencionaron las siguientes posibilidades: una ley modelo, un anexo o suplemento de una ley modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia ya existente, disposiciones legislativas modelo, una nueva guía legislativa o modificaciones a la *Guía*.

66. La opinión prevalente fue que se preparara una ley modelo, que se consideraba sería la forma más adecuada de proporcionar orientación para los Estados en relación con la ley aplicable en procedimientos de insolvencia y llenar las lagunas relacionadas con ese tema que hubiera en los textos de la CNUDMI sobre la insolvencia. Otra opinión fue que el Grupo de Trabajo debería determinar primero cuáles eran esas lagunas y llegar a un acuerdo sobre la necesidad de llenarlas y la forma de hacerlo. Se señaló que tal vez la mayoría de las lagunas que existieran en la estructura de insolvencia transfronteriza de la CNUDMI pudieran abordarse modificando el comentario de la *Guía*.

67. Algunas delegaciones propugnaron que se adoptara un enfoque gradual y que se comenzara por modificar la *Guía*. Otras delegaciones eran flexibles respecto de la forma que podría adoptarse para el instrumento y señalaron que era necesario ponerse de acuerdo primero sobre las cuestiones sustantivas. Previendo que sería difícil llegar a un acuerdo a nivel mundial sobre algunas cuestiones relativas a la ley aplicable en procedimientos de insolvencia, otras delegaciones consideraron que no sería viable preparar una ley modelo.

C. Ámbito de aplicación de las disposiciones legislativas

68. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en que el proyecto abarcara, además de la liquidación y la reorganización, el procedimiento de insolvencia que se abriera cuando empezaran las dificultades financieras, tal como se preveía en la recomendación 294 de la *Guía*, y los procedimientos provisionales y procedimientos de reestructuración que cumplieran los requisitos que se establecían en el párrafo 8 del documento de trabajo A/CN.9/WG.V/WP.179. Consiguientemente, se acordó que las negociaciones extrajudiciales de reestructuración de la deuda celebradas con arreglo al derecho contractual quedarían excluidas del alcance del proyecto en la etapa actual. Se solicitó que se aclarara qué procedimiento de reestructuración —además del procedimiento de reorganización que ya se incluía en la definición de procedimiento de insolvencia de la CNUDMI—, cumpliría los requisitos establecidos en el párrafo 8 del documento de trabajo A/CN.9/WG.V/WP.179 y quedaría por lo tanto incluido en el alcance del proyecto.

D. Norma supletoria: *lex fori concursus*

1. Significado de *lex fori concursus*

69. El Grupo de Trabajo confirmó el acuerdo al que había llegado en su 59º período de sesiones de que el término "régimen de la insolvencia" se interpretaría en un sentido amplio y que no solo incluiría la ley de insolvencia, sino también las leyes que no fueran de insolvencia pero que tuvieran suficiente relación con esta (A/CN.9/1088, párr. 63). Se expresó una opinión en el sentido de que tal vez fuera necesario determinar los criterios que podrían ayudar a establecer esa relación. Otra opinión fue que la determinación de si existía una relación suficiente debería evaluarse caso por caso.

70. Se expresaron distintas opiniones acerca de si el término incluiría también normas de derecho internacional privado. La opinión prevalente fue que debería excluirse el *renvoi*, dado que no conducía a lograr armonización ni certeza. Se proporcionaron ejemplos de cuándo podrían aplicarse no obstante normas de derecho internacional privado en los procedimientos de insolvencia, entre otras cosas con respecto a los créditos, la compensación y los contratos de trabajo.

2. Reforzar la aplicación de la *lex fori concursus*

71. En cuanto al párrafo 18 del documento de trabajo A/CN.9/WG.V/WP.179, se propuso que se ampliara la lista que figuraba en la recomendación 31 de la *Guía* haciendo referencia en ella a otros aspectos conexos (que se derivaran de la ley de insolvencia y estuvieran relacionados con procedimientos de insolvencia).

3. Constitución y magnitud de la masa de la insolvencia

72. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en que sería necesario seguir celebrando debates antes de que pudiera llegarse a una conclusión firme sobre la ley aplicable en procedimientos de insolvencia respecto de los bienes digitales, los derechos de propiedad intelectual y las licencias. Al respecto, se recordaron cuestiones relacionadas con la localización de bienes digitales y las cuestiones que se habían planteado en el caso *Nortel* respecto del tratamiento jurídico que podía darse a las licencias. Se consideró que sería necesario reunir más información sobre el tratamiento de esos bienes en los procedimientos de insolvencia, en consulta con los expertos y las organizaciones pertinentes, como UNIDROIT y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

4. Protección y conservación de la masa de la insolvencia

73. El Grupo de Trabajo discutió los efectos que tendría la apertura del procedimiento de insolvencia respecto de las siguientes cuestiones: a) la ejecutabilidad de los acuerdos de arbitraje y los resultados de los procesos arbitrales concluidos antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, señalando que esas cuestiones ya estarían tal vez comprendidas en la recomendación 30 de la *Guía,* y b) los procesos arbitrales en curso, que de conformidad con los textos de la CNUDMI sobre la insolvencia, debían paralizarse. Algunas delegaciones sugirieron que deberían incluirse normas expresas sobre la ley aplicable en procedimientos de insolvencia en relación con esos aspectos. En ese contexto, se expresó una opinión en el sentido de que el criterio que se adoptaba en el artículo 18 del texto refundido del REI era antiguo e inadecuado puesto que el lugar en que se sustanciara el arbitraje tal vez tuviera una relación muy remota con el deudor y la masa de la insolvencia. Otros, en cambio, opinaron que el criterio que se seguía en el texto refundido del REI era factible en vista de las complicaciones que presentaba la aplicación del artículo 20 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza en el contexto de la reorganización, en particular cuando había un deudor en posesión.

5. Anulación

74. Se reiteraron las opiniones que se habían expresado en el 59º período de sesiones del Grupo de Trabajo (véase el documento A/CN.9/1088, párrs. 83 a 86) en relación con las disposiciones pertinentes del texto refundido del REI y las Reglas Generales. Se

consideró que era necesario encontrar una solución para conciliar los objetivos contrapuestos de, por un lado, proteger las expectativas legítimas de quienes fueran partes en las operaciones preservando también la seguridad jurídica en los negocios, y, por otro lado, lograr certeza, simplicidad y eficiencia administrativa en los procedimientos de insolvencia.

75. Asimismo, se argumentó que, a la luz del derecho internacional relativo a la insolvencia, cabía esperar que quienes fueran parte en operaciones comerciales sabrían que la ley que se aplicaría a las anulaciones sería la ley del centro de los principales intereses. También se argumentó que el criterio que se había adoptado en el texto refundido del REI respecto de la anulación era complicado, habida cuenta de que exigía que se localizara el acto perjudicial, lo que tal vez no fuera fácil, sobre todo en el mundo digital. La protección adicional que se proporcionaba solo para algunos acreedores en el texto refundido del REI se consideró injustificada y contraria al principio de igualdad de trato de los acreedores. Se comparó ese régimen con las salvaguardias que tenían los acreedores en los textos de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza, es decir, las excepciones de orden público y el amparo debido.

76. El Grupo de Trabajo acordó seguir examinando la cuestión en una etapa posterior tomando como punto de partida el criterio que se adoptaba en la *Guía*.

6. Tratamiento de los contratos

77. El Grupo de Trabajo acordó que se incluyera en la lista una referencia expresa a las cláusulas *ipso facto*. Asimismo, postergó el examen de las cuestiones que se planteaban en el artículo 11 del texto refundido del REI, y observó que algunas delegaciones habían expresado preliminarmente su opinión contraria a que se elaborara un régimen especial para bienes inmuebles.

7. Tratamiento de la compensación

78. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en que se hiciera referencia al tratamiento de la compensación y que se aclarara en una etapa posterior a qué aspectos de la compensación se aplicaría la *lex fori concursus* y a qué aspectos se aplicarían otras leyes.

8. Tratamiento de los acreedores garantizados

79. El Grupo de Trabajo convino en diferir el examen de la cuestión hasta una etapa posterior y señaló que se había solicitado que se celebraran reuniones de grupos de expertos y consultas entre períodos de sesiones. Tomó nota de las opiniones de las delegaciones que estaban en contra de apartarse de los criterios que se habían seguido respecto de la cuestión en los textos de la CNUDMI sobre la insolvencia y las garantías mobiliarias y las opiniones de las delegaciones que consideraban que los párrafos 33 a 35 del documento de trabajo A/CN.9/WG.V/WP.179 podrían servir como punto de partida para llegar a una solución de avenencia.

9. Derechos y obligaciones del deudor; obligaciones y funciones del representante de la insolvencia

80. El Grupo de Trabajo convino en diferir hasta una etapa posterior el examen de las cuestiones que se planteaban en los párrafos 36 y 37 del documento de trabajo A/CN.9/WG.V/WP.179, observando que serían especialmente pertinentes en el contexto de los procedimientos paralelos. Se expresó la opinión de que las intervenciones en los procedimientos que se sustanciaran en los Estados podría hacer que estos fueran renuentes a aprobar las disposiciones legislativas, con independencia de la forma que se adoptara para estas.

10. Tratamiento de los créditos

81. Tras escuchar opiniones en contra de que se añadiera a la lista una referencia a los derechos que tendrían los acreedores tras la clausura del procedimiento de insolvencia, el Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en no incluir esa referencia.

11. Clasificación de los créditos

82. Observando que la cuestión tendría más pertinencia en relación con los procedimientos paralelos, el Grupo de Trabajo convino en diferir el examen de las cuestiones que se planteaban en el párrafo 40 del documento de trabajo A/CN.9/WG.V/WP.179 hasta una etapa posterior. Se consideró que los términos "crédito ordinario" y "equivalente" que figuraban en el párrafo 84 del comentario de las recomendaciones 30 a 34 de la *Guía* no eran claros y que era necesario precisar su sentido.

12. Responsabilidad de los directores del deudor por las medidas adoptadas cuando el deudor sea insolvente o en el período cercano a la insolvencia, y acciones judiciales relacionadas con esa responsabilidad que puedan ser entabladas por la masa de la insolvencia del deudor o por el representante de esta

83. No se alcanzó un acuerdo en relación con la posibilidad de añadir un apartado s *bis* a la lista. En relación con la ley aplicable en los procedimientos de insolvencia en el contexto transfronterizo, se señaló que se planteaban cuestiones complejas en ese ámbito que no se planteaban en el ámbito nacional, y que las obligaciones y responsabilidades de los directores en el ámbito nacional se trataban en la cuarta parte de la *Guía*. Se consideró necesario que se aclarara qué aspectos de las obligaciones de los directores se regirían por la ley de inscripción y constitución de la sociedad deudora (*lex societatis*) y qué aspectos se regirían por la *lex fori concursus*. Observando que esta última no sería necesariamente la *lex fori concursus* del Estado en que el deudor tuviera su centro principal de intereses, se sostuvo que la ley de inscripción y constitución de la sociedad debería seguir siendo la ley supletoria, sin perjuicio de que algunos aspectos puntuales de las obligaciones y responsabilidades de los directores pudieran regirse por la *lex fori concursus*.

13. Reestructuración

84. Recordando su examen de la cuestión del ámbito de aplicación de las disposiciones legislativas (véase el párr. 68 del presente informe), el Grupo de Trabajo acordó que no añadiría un apartado s *ter* a la lista. Se consideró que sería suficiente que se aclarara la cuestión en el comentario y que se explicara en ese contexto también qué diferencia existía entre la reorganización y la reestructuración.

14. Daños y responsabilidades ambientales

85. Algunas delegaciones, si bien estuvieron de acuerdo con las delegaciones que consideraban que los daños y responsabilidades ambientales eran principalmente cuestiones de derecho sustantivo, proporcionaron ejemplos de aspectos ambientales que se encontraban en un punto de intersección entre leyes de insolvencia y leyes no relativas a la insolvencia. Se observó que las dificultades que se generaban al discutir la ley aplicable en procedimientos de insolvencia en relación con los daños y responsabilidades ambientales se debían a que se planteaban cuestiones de derecho público y de derecho privado, de derechos humanos y de derecho penal, que se encontraban relacionadas entre sí; al hecho de que los daños y los créditos fueran transfronterizos y a que se producían conflictos de jurisdicciones.

86. El Grupo de Trabajo convino en que no debería añadirse un nuevo apartado s *quater* a la lista de ámbitos a los que se aplicaría la *lex fori concursus*. También convino en que, dado que lo que se procuraba era reducir al mínimo el número de excepciones a la aplicación de la *lex fori concursus*, no debería añadirse una nueva excepción relativa a los daños y obligaciones ambientales. Asimismo, el Grupo de Trabajo consideró que sería necesario explorar nuevas formas de abordar la cuestión en las disposiciones legislativas, por ejemplo, en el contexto de las excepciones de orden público. Se consideró que esto último resultaba pertinente a la luz de que existía jurisprudencia en que se señalaban casos en que se habían buscado foros de conveniencia para evadir obligaciones y responsabilidades dimanantes del derecho

ambiental y en que, por consiguiente, se había denegado el reconocimiento de los efectos de la *lex fori concursus* por aplicación de una excepción de orden público.

E. Excepciones a la *lex fori concursus*

1. Sistemas de pago y liquidación y mercados financieros regulados

87. Si bien el Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo con lo señalado en los párrafos 48 a 52 del documento de trabajo A/CN.9/WG.V/WP.179, también estuvo de acuerdo con que deberían fijarse adecuadamente los límites que tendría la excepción, en particular en lo relativo al calificativo "regulado", como se señalaba en el párrafo 52 del documento.

2. Contratos de trabajo

88. Las delegaciones reiteraron las opiniones que habían expresado en el 59º período de sesiones del Grupo de Trabajo y las razones por las que las habían sostenido (véase A/CN.9/1088, párrs. 73 a 76). Se aclaró el alcance que tenía la recomendación 33 de la *Guía*, explicándose que solo se refería al rechazo, la continuación y la modificación de los contratos de trabajo. Se compararon esos aspectos con las cuestiones del tratamiento y la clasificación de los créditos laborales, aspectos a los que se consideraba debía aplicarse indudablemente la *lex fori concursus*. También se aclaró que en la recomendación 33 de la *Guía* se utilizaban las palabras "podrán estar regulados" y no "se regularán", como sucedía en el artículo 13, párrafo 1, del texto refundido del REI; por lo tanto, en la recomendación 33 no se excluía que los efectos del procedimiento de insolvencia sobre el rechazo, la continuación y la modificación de los contratos de trabajo se rigieran por la *lex fori concursus*, la ley aplicable al contrato de trabajo o ambas. En un debate posterior, se expresó la opinión de que podría ser útil preservar esa flexibilidad, especialmente en los procedimientos de reorganización complejos, en que las cuestiones del rechazo, la continuación y la modificación de los contratos de trabajo resultaban más pertinentes que en la liquidación, en que a menudo solo se planteaban las cuestiones del tratamiento y la clasificación de los créditos laborales. A ello se respondió con la observación de que el énfasis debería seguir poniéndose en establecer una excepción a la aplicación de la *lex fori concursus* a los contratos de trabajo, con independencia del tipo de procedimiento de que se tratara.

89. Se aclaró que la referencia a la ley aplicable a los contratos de trabajo incluía la ley de insolvencia (véase el documento A/CN.9/WG.V/WP.176, párr. 30). La aplicación de la ley de insolvencia al rechazo, la continuación y la modificación de los contratos de trabajo, ya fuera como *lex fori concursus* o como parte de la ley aplicable al contrato de trabajo, se consideró esencial para proteger a los acreedores de actos indebidos que podrían haber tenido lugar antes de la apertura del procedimiento de insolvencia (por ejemplo, el pago de paquetes de remuneración irrazonables a los directores generales u otros administradores, como consecuencia de la modificación de contratos de trabajo).

90. En la opinión de algunas delegaciones, la cuestión se relacionaba tangencialmente con aspectos delicados relativos a la seguridad social y los derechos humanos. Por esas razones, se consideraba importante que se conciliaran los objetivos de lograr seguridad jurídica y sencillez en los procedimientos de insolvencia con el objetivo de proporcionar la mayor protección posible a los trabajadores. Se reconoció que ni la *lex fori concursus* ni la ley aplicable al contrato de trabajo proporcionarían siempre necesariamente esa mayor protección. Por lo tanto, se propuso que, en la disposición legislativa que se preparara sobre la excepción a la aplicación de la ley del procedimiento de insolvencia en el caso de los contratos de trabajo, se previera que la norma supletoria fuera la *lex fori concursus*, a menos que la ley aplicable al contrato de trabajo (si esta última fuera distinta de la *lex fori concursus*) ofreciera mayor protección.

91. Otras delegaciones cuestionaron la propuesta mencionada en el párrafo precedente de hacer prevalecer la ley que proporcionara la mayor protección sobre consideraciones como la seguridad jurídica y la previsibilidad, la protección de expectativas legítimas y la administración eficiente del procedimiento de insolvencia. Se observó que la apertura

del procedimiento de insolvencia no debería afectar a la sustancia de los derechos que existían antes de que se entablara ese procedimiento, dado que de otro modo se generaría demasiada incertidumbre y se pondría en peligro el funcionamiento adecuado del procedimiento de insolvencia. También se observó que sería complicado e irrazonable esperar que el juez comparara y eligiera la ley que ofreciera a los trabajadores la mayor protección. Por esas razones y habida cuenta del reducido alcance que tenía la recomendación 33 de la *Guía*, la opinión prevalente fue que las disposiciones deberían establecer incondicionalmente que los motivos por los que podría rechazarse, continuarse o modificarse el contrato de trabajo serían los que estableciera la ley aplicable a ese contrato. Se explicó que los aspectos relacionados con la insolvencia, por ejemplo si los créditos laborales gozaban de prelación o no, no estarían incluidos en esa excepción. En respuesta a un comentario que se había formulado en el sentido de que la clasificación de los contratos como contratos de trabajo podría variar de una jurisdicción a otra, se señaló que ese era un ejemplo del tipo de cuestiones a las que se aplicaría la *lex fori concursus*.

92. Se reconoció que distintos aspectos de los contratos de trabajo podrían quedar sujetos a leyes de distintos países. También se reconoció que, con independencia de cuál fuera la ley aplicable, ni el contrato de trabajo ni la ley aplicable al contrato de trabajo ni la *lex fori concursus* (si fuera distinta de la ley que rigiera el contrato de trabajo) podrían derogar disposiciones imperativas de la ley laboral (por ejemplo, los aspectos a los que se aplicaran tratados internacionales o garantías constitucionales). Se presentó un ejemplo en que esas cuestiones complejas se habían resuelto abriendo un procedimiento de insolvencia local para que la *lex fori concursus* y la ley aplicable al contrato de trabajo fueran la misma (el caso *Nortel*, en que el procedimiento de insolvencia que se había abierto en el lugar donde el deudor tenía su centro de los principales intereses cumplía principalmente una función de coordinación y, por lo tanto, la *lex fori concursus* no tenía conexión con la relación de empleo o esa conexión era muy remota).

93. Se consideró pertinente que se recordara en las disposiciones legislativas las disposiciones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia de Grupos de Empresas (2019) en que se abordaban los compromisos contraídos respecto del tratamiento otorgado a los créditos extranjeros (arts. 28 a 32) y las disposiciones de la *Guía* sobre el tratamiento de los contratos de trabajo en los procedimientos locales de insolvencia.

F. Excepción de orden público y otras disposiciones

94. Habida cuenta de la naturaleza del proyecto y del contenido que se esperaba que tuvieran las disposiciones legislativas en virtud de las cuales se esperaría que los Estados dieran efecto a la ley extranjera en su territorio, se consideró esencial que se incluyera una excepción de orden público y otras salvaguardias que asegurarían que hubiera respeto por la soberanía de los Estados y la protección de otros intereses. En ese contexto, se expresó preocupación por que se manipularan los procedimientos de insolvencia para lograr fines políticos. Se observó que, además de las excepciones de orden público, en el marco de la insolvencia transfronteriza de la CNUDMI se preveían otras salvaguardias, a saber, el otorgamiento de medidas y el amparo debido.

95. Otras delegaciones señalaron que, para que el proyecto y las disposiciones legislativas tuvieran verdadero sentido, la excepción de orden público debería interpretarse en un sentido estricto y restrictivo, e invocarse solo en circunstancias excepcionales, en relación con cuestiones que resultaran de importancia fundamental para los Estados, como se sugería en la última oración del párrafo 55 del documento de trabajo A/CN.9/WG.V/WP.179. Se observó que debería hacerse la misma interpretación estricta y restrictiva de esa excepción con independencia del caso de que se tratara, señalándose también que en algunas jurisdicciones se utilizaba esa interpretación solo en casos de liquidación, pero no de reorganización.

96. El Grupo de Trabajo acordó incluir una excepción de orden público teniendo en cuenta esas consideraciones.

97. El Grupo de Trabajo mantuvo un intercambio preliminar de opiniones sobre las disposiciones de las leyes modelo de insolvencia de la CNUDMI en relación con las cuales se planteaban cuestiones relativas a la ley aplicable en procedimientos de insolvencia, a saber: a) la deferencia que se otorgaba al procedimiento de planificación en el contexto de los grupos de empresas, según la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia de Grupos de Empresas, con sujeción a determinadas excepciones y salvaguardas, como los compromisos contraídos respecto del tratamiento que se otorgaría a créditos extranjeros; b) los compromisos contraídos respecto del tratamiento de los créditos extranjeros; c) el tratamiento que se daría a las sentencias incompatibles con otras y a las sentencias que fueran dictadas en procedimientos paralelos (art. 14 c) y d) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Relacionadas con Casos de Insolvencia (2018)); d) el tratamiento que se daba a un procedimiento no principal cuando estaba pendiente la apertura del procedimiento principal, y e) cuestiones relacionadas con la mezcla de bienes y el control en el contexto de grupos de empresas. Se expresó la opinión de que el Grupo de Trabajo debería examinar en primer lugar todas las cuestiones relacionadas con la primera etapa del proyecto que estuvieran pendientes, antes de embarcarse en el examen de esas otras cuestiones. Otra opinión fue que sería más coherente tratar conjuntamente las cuestiones que estuvieran relacionadas entre sí.

G. Conclusión

98. Se reiteraron las opiniones que se habían formulado respecto de la forma que se adoptaría para el instrumento que se preparara (véanse los párrs. 65 a 67 del presente informe). Por lo tanto, las delegaciones que estaban a favor de que se preparara una ley modelo expresaron una marcada preferencia por que el documento que se elaborara para el siguiente período de sesiones del Grupo de Trabajo fuera un proyecto de ley modelo. Otras delegaciones, si bien no se oponían a que en definitiva se terminara por preparar una ley modelo, consideraban que sería prematuro comenzar a elaborar un proyecto de ley modelo teniendo en cuenta que se había postergado la consideración de algunas cuestiones de fondo para que fueran examinadas por el Grupo de Trabajo en el siguiente período de sesiones y teniendo en cuenta que el Grupo de Trabajo todavía no había tenido la oportunidad de examinar las cuestiones relativas a la ley aplicable en procedimientos de insolvencia dimanantes de procedimientos paralelos, incluido en el contexto de grupos de empresas.

99. Tras un debate y a la luz de los avances que se habían logrado en el período de sesiones en curso, el Grupo de Trabajo solicitó a la secretaría que presentara un texto sobre los asuntos respecto de los cuales se hubiera llegado a un acuerdo en forma de disposiciones legislativas con comentarios. En cuanto a los asuntos sobre los cuales no se hubiera llegado a un acuerdo todavía, el Grupo de Trabajo solicitó a la secretaría que los presentara de otra forma diferente que facilitara su examen y la resolución de las cuestiones pendientes. A fin de asegurar que las deliberaciones fueran coherentes y exhaustivas, se consideró que sería oportuno debatir también las cuestiones relativas a la insolvencia transfronteriza.

VII. Otros asuntos

100. En relación con las fechas del 61er período de sesiones del Grupo de Trabajo, se informó a este último que la Comisión decidiría las fechas de los futuros períodos de sesiones de los grupos de trabajo en su 55º período de sesiones, pero que se asignaría provisionalmente como fechas los días 12 a 16 de diciembre de 2022 para el 61er período de sesiones y los días 17 a 21 de abril de 2023 para el 62º período de sesiones del Grupo de Trabajo.

101. El Grupo de Trabajo tomó nota con agradecimiento de la publicación de la "Nota de orientación sobre la incorporación al derecho interno de dos o más leyes modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia" (2021) y el "Texto consolidado de las leyes modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza, sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias relacionadas con casos de insolvencia y sobre la insolvencia de grupos de empresas" (2021)[7]. También se observó que la publicación de la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre un régimen de insolvencia para microempresas y pequeñas empresas*, que el Grupo de Trabajo había finalizado en su 59º período de sesiones, como quinta parte de la *Guía* y como un texto independiente que formaría parte de la serie de textos de la CNUDMI sobre las MYPE, estaba prevista para finales de 2022.

102. Se informó al Grupo de Trabajo acerca de las actividades que se habían planeado para conmemorar el 25º aniversario de la aprobación de la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza, que tendrían lugar el 15 de julio de 2022, paralelamente a la celebración del 55º período de sesiones de la CNUDMI, y en diciembre de 2022, paralelamente a la celebración del 61er período de sesiones del Grupo de Trabajo.

[7] Los textos pueden consultarse en https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/v2104341_guidance_note.pdf y https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/v2104341_consolidated_text.pdf.