



Asamblea General

Distr. limitada
4 de octubre de 2021
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia)
59º período de sesiones
Viena, 13 a 17 de diciembre de 2021

Ley aplicable en procedimientos de insolvencia

Nota de la Secretaría

Índice

	<i>Página</i>
I. Introducción	2
II. Resumen del examen del tema hasta la fecha en el Grupo de Trabajo.	3
III. Cuestiones planteadas por las recomendaciones 30 a 34 y los respectivos comentarios.	4
A. Consideraciones generales	4
B. Ley aplicable a la validez y eficacia de los derechos y créditos	5
C. Ley aplicable en procedimientos de insolvencia: <i>lex fori concursus</i>	6
D. Excepciones a la <i>lex fori concursus</i>	11
IV. Cuestiones que se someten al examen del Grupo de Trabajo.	15



I. Introducción

1. En el programa provisional del 59º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/WG.V/WP.173) puede consultarse la información de antecedentes sobre el proyecto relativo a la ley aplicable en procedimientos de insolvencia remitido al Grupo de Trabajo por la Comisión en su 54º período de sesiones¹. En el programa se indica que la Comisión consideró que la cuestión era compleja y requería un alto nivel de conocimientos especializados sobre diversos temas de derecho internacional privado, así como sobre la elección de la ley aplicable en ámbitos como el derecho de los contratos, los derechos reales, el derecho de sociedades, el régimen legal de los títulos valores, el derecho bancario y otras materias en que la Comisión no ha trabajado recientemente. En vista de la amplia variedad de cuestiones en las que incide el tema, la Comisión consideró imprescindible delimitar con precisión el alcance de los trabajos sobre el tema².

2. La presente nota se ha preparado con el fin de facilitar que el Grupo de Trabajo haga un examen inicial del tema. Se ha preparado partiendo de la suposición de que el Grupo de Trabajo tal vez desee hacer lo siguiente: a) utilizar las recomendaciones 30 a 34 y los respectivos comentarios que figuran en la *Guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia* (la “Guía”) como punto de partida de sus deliberaciones sobre el tema, y b) centrarse en primer lugar en la *lex fori concursus* y las correspondientes excepciones en el contexto de un supuesto sencillo (un procedimiento de insolvencia respecto de un solo deudor), dejando para etapas posteriores el examen de cualquier otra cuestión relacionada con la ley aplicable en procedimientos de insolvencia (por ejemplo, las cuestiones derivadas de los procedimientos de insolvencia paralelos y la insolvencia de un grupo de empresas). Por ello, en la presente nota no se analizan las reglas para la localización de bienes, la ley aplicable a los derechos y créditos existentes en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia (más allá de una breve reseña en el contexto de la recomendación 30) ni otras reglas de derecho internacional privado³. En función de la decisión que adopte el Grupo de Trabajo sobre el alcance del proyecto, estas cuestiones podrían convertirse en el tema de otro estudio que habría de llevarse a cabo en estrecha cooperación con la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (la “HCCH”).

3. La presente nota debería leerse junto con el informe del Coloquio sobre la Ley Aplicable en Procedimientos de Insolvencia (Viena, 11 de diciembre de 2020) (A/CN.9/1060) (el “informe del Coloquio”). En el capítulo II de la nota se repasa el examen del tema realizado por el Grupo de Trabajo en sus períodos de sesiones anteriores. En el capítulo III se reproduce el contenido de las recomendaciones 30 a 34 y de los respectivos comentarios que figuran en la *Guía* para facilitar la consulta por el Grupo de Trabajo y se ponen de relieve algunas cuestiones planteadas por esas recomendaciones. En el capítulo IV se enumeran las cuestiones que el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar en relación con el alcance del proyecto.

4. A lo largo de la nota se hace referencia a los textos internacionales y regionales examinados que son pertinentes para el proyecto, en particular 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”)⁴ y las

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

² *Ibid.*, septuagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 17 (A/74/17), párr. 206, e *ibid.*, septuagésimo sexto período de sesiones, suplemento núm. 17 (A/76/17), párr. 217.

³ Existen numerosas reglas enunciadas en varias fuentes del derecho, como los textos internacionales. Véanse, por ejemplo, el Convenio de la HCCH sobre la Ley Aplicable a Ciertos Derechos sobre Valores Depositados en un Intermediario o la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias (cap. VIII).

⁴ Vinculante y directamente aplicable en los Estados miembros de la Unión Europea (UE). Su ámbito de aplicación se circunscribe a los procedimientos relativos a deudores cuyo centro de intereses principales esté situado en la UE (véase el considerando 25). Sustituyó al Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia (el “REI”), que a su vez se basaba en el Convenio de la Unión Europea relativo a los Procedimientos de Insolvencia (hecho en Bruselas el 23 de noviembre de 1995; no entró en vigor) (el “Convenio de la UE”).

Global Rules on Conflict-of-Laws Matters in International Insolvency Cases, un conjunto de reglas generales sobre cuestiones de conflictos de leyes en los casos de insolvencia internacional elaboradas por el American Law Institute y el International Insolvency Institute, con los comentarios y las notas de los compiladores (las “Reglas Generales”). Los regímenes nacionales de la insolvencia examinados por la secretaría no contenían disposiciones similares a las que figuran en las recomendaciones 30 a 34 de la *Guía*.

II. Resumen del examen del tema hasta la fecha en el Grupo de Trabajo

5. Las recomendaciones 30 a 34 y los respectivos comentarios que figuran en la *Guía* tratan de la ley aplicable en procedimientos de insolvencia. Son fruto de las deliberaciones mantenidas por el Grupo de Trabajo en su 29º período de sesiones (Viena, 1 a 5 de septiembre de 2003) sobre la base de una nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.17)⁵ y en su 30º período de sesiones (Nueva York, 29 de marzo a 2 de abril de 2004) sobre la base de una nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.V/WP.72), cuyo contenido sustituyó la sección D a continuación del párrafo 652 del documento A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part II)⁶. La opinión predominante en el 29º período de sesiones fue que las cuestiones del derecho aplicable eran de importancia fundamental para los procedimientos de insolvencia y que en la *Guía* habría que incluir el material referente a las cuestiones pertinentes a fin de ayudar y orientar a los legisladores y a otros usuarios. En cuanto al alcance del material que habría que incluir, se señaló que el debate y la finalización de las disposiciones sobre el derecho aplicable no deberían demorar la elaboración de la *Guía*⁷. El Grupo de Trabajo solicitó a la secretaría de la CNUDMI que preparara el material correspondiente en consulta con la HCCH⁸ (véanse asimismo al respecto los párrs. 7 y 41 del informe del Coloquio). En su 30º período de sesiones, el Grupo de Trabajo aprobó las recomendaciones y el comentario que figuraba en el documento A/CN.9/WG.V/WP.72 con algunas modificaciones⁹. Como se sugirió en ese período de sesiones¹⁰, se incluyeron en el capítulo I de la segunda parte de la *Guía*. A continuación, se van recordando en los contextos correspondientes las cuestiones que se plantearon en ese momento respecto de esas recomendaciones y el proyecto de comentario en el seno del Grupo de Trabajo.

6. En su 37º período de sesiones, celebrado en 2004, la Comisión aprobó las recomendaciones y el comentario que figuraban en el documento A/CN.9/WG.V/WP.72 sin cambios, excepto los siguientes: a) trasladar a la primera parte de la *Guía* y modificar una recomendación (que se acabó convirtiendo en la actual recomendación 3 de la *Guía* con el siguiente tenor: “El régimen de la insolvencia debería reconocer los derechos y créditos nacidos en virtud de normas nacionales o extranjeras ajenas al régimen de la insolvencia, con sujeción a las limitaciones expresamente previstas en ese régimen”) y b) añadir al final del comentario sobre la recomendación 33, relativa a los contratos de trabajo, la siguiente oración: “En algunos Estados esa protección solo surtirá efecto en el caso de contratos de trabajo individuales, mientras que en otros estas disposiciones se aplicarán asimismo a los convenios laborales colectivos”¹¹.

7. Desde que se incluyeron esas recomendaciones y el comentario en la *Guía*, el Grupo de Trabajo ha examinado el tema de la ley aplicable en el régimen de la insolvencia en algunas ocasiones, como parte de una posible convención general sobre

⁵ A/CN.9/542, párrs. 28 a 43.

⁶ A/CN.9/551, párrs. 24 a 32. En el párr. 24 de ese informe se señaló que el documento A/CN.9/WG.V/WP.72 también había sido examinado por el Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) de la CNUDMI, que estimó que los principios enunciados en el documento A/CN.9/WG.V/WP.72 eran en general aceptables.

⁷ A/CN.9/542, párr. 28.

⁸ *Ibid.*, párr. 43.

⁹ A/CN.9/551, párrs. 24 a 32.

¹⁰ *Ibid.*, párr. 32.

¹¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, suplemento núm. 17 (A/59/17)*, párrs. 18 y 50 ff).

el régimen de la insolvencia¹² y como tema independiente¹³. En otras ocasiones, el Grupo de Trabajo ha expresado su apoyo a que se inicie una labor sobre ese tema con carácter prioritario y a ese respecto ha destacado que el tema planteaba cuestiones fundamentales para muchos de los temas examinados por él o cuyo examen se le había propuesto y que la labor debería emprenderse en coordinación con otras organizaciones internacionales con conocimientos especializados en el ámbito de la elección de la ley aplicable, como la HCCH¹⁴.

8. En ese momento se señalaron las siguientes cuestiones clave para debatir en el marco del tema: a) ley aplicable para clasificar los créditos no garantizados, b) elección de la ley aplicable a la propiedad intelectual u otros derechos sobre bienes inmateriales, c) distinción entre las normas “procesales” de la insolvencia y las que afectan a los derechos sustantivos (los principios ordinarios de derecho internacional privado podrían seguir rigiendo cuestiones relativas a leyes distintas del régimen de la insolvencia, como la validez o falta de validez de los créditos), d) determinación de asuntos concretos en que dominan los intereses locales, e) examen de los casos en que la ley del foro determinará de forma concluyente los principios que rigen la insolvencia (sea ese foro un procedimiento principal o no principal), f) determinación de los casos en que el tribunal del foro en un procedimiento no principal debería aplicar el régimen de la insolvencia del procedimiento principal, g) establecimiento de otras circunstancias en que un tribunal del foro podría remitirse al régimen de la insolvencia de otra jurisdicción (haya o no un procedimiento pendiente en esa otra jurisdicción) y h) ley aplicable en el contexto de los grupos de empresas¹⁵.

III. Cuestiones planteadas por las recomendaciones 30 a 34 y los respectivos comentarios

A. Consideraciones generales

9. Las recomendaciones 30 a 34 y los respectivos comentarios son parte integrante de las disposiciones fundamentales que se enuncian en la *Guía* para establecer el marco del régimen nacional de la insolvencia eficaz y eficiente que recomienda la CNUDMI. Deberían interpretarse junto con otras partes de la *Guía*, incluido el glosario que figura en la introducción de la *Guía*. En particular, son pertinentes para el proyecto las secciones que tratan de la protección de los acreedores y las disposiciones que persiguen

¹² Véase el informe del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) sobre la labor realizada en su 37º período de sesiones (Viena, 9 a 13 de noviembre de 2009) (A/CN.9/686), párrs. 127 y 128, específicamente el párr. 128 b). En ese período de sesiones, el Grupo de Trabajo recibió una propuesta de la Unión Internacional de Abogados (UIA) sobre un posible convenio internacional en materia de derecho sobre la insolvencia internacional. Se propuso que ese convenio tratara, entre otras cuestiones, la ley aplicable en procedimientos de insolvencia o que se incluyeran en él las cuestiones relacionadas con la ley aplicable en un protocolo aparte de ese convenio. El Grupo de Trabajo aplazó a un futuro período de sesiones el examen de esa propuesta, junto con otras propuestas de labor futura. La International Bar Association apoyó posteriormente esa propuesta (véase A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.6, párrs. 3 a 11, que el Grupo de Trabajo tuvo ante sí en su 38º período de sesiones (Nueva York, 19 a 23 de abril de 2010)). Véase también una nota posterior de la Secretaría en la que se proporcionaba información de antecedentes sobre temas que formaban parte del mandato actual del Grupo de Trabajo V y temas para su posible labor futura (A/CN.9/WG.V/WP.117, en particular los párrs. 7 a 11). Los documentos posteriores indican que se analizó la viabilidad de elaborar una convención sobre las cuestiones relacionadas con la insolvencia internacional en un grupo oficioso de composición abierta establecido por delegaciones interesadas (véanse A/CN.9/803, párr. 39 a); A/CN.9/864, párr. 88, y A/CN.9/870, párr. 88). La Comisión tomó nota de la labor de ese grupo oficioso en sus períodos de sesiones celebrados en 2014 y 2016 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, suplemento núm. 17* (A/69/17), párrs. 152, 158 y 159, e *ibid.*, *septuagésimo primer período de sesiones, suplemento núm. 17* (A/71/17), párr. 247).

¹³ Véase una propuesta del International Insolvency Institute (III) sobre la elección de la ley aplicable en los casos de insolvencia transfronteriza que tuvo ante sí el Grupo de Trabajo en su 44º período de sesiones (Viena, 16 a 20 de diciembre de 2013) (A/CN.9/WG.V/WP.117, párrs. 12 a 16).

¹⁴ A/CN.9/798, párrs. 18, 19, 24 y 30.

¹⁵ A/CN.9/WG.V/WP.117, párrs. 13 a 16.

el reconocimiento general en la insolvencia de los derechos y los créditos nacidos en virtud de otras normas (véanse, p. ej., el párr. 6 *supra* y las recomendaciones 4 (suplementada por la recomendación 88) y 100). Pueden explicar decisiones normativas que se adoptaron cuando se preparó la sección de la *Guía* relativa a la ley aplicable en procedimientos de insolvencia, en particular el ámbito de aplicación de la *lex fori concursus* que se propuso y el número limitado de excepciones que se recomendaron.

10. Se mantuvieron deliberaciones especialmente exhaustivas sobre las partes de la *Guía* relativas al tratamiento de los acreedores garantizados¹⁶, incluidas deliberaciones sobre la ley aplicable a la constitución, la eficacia, la prelación y la ejecución de las garantías mobiliarias en supuestos de insolvencia (véase además el párr. 23 *infra*). Esas partes se prepararon junto con el Grupo de Trabajo VI de la CNUDMI (Garantías Reales) para que los textos de la CNUDMI en los ámbitos del régimen de la insolvencia y las garantías mobiliarias fueran coherentes en cuanto al tratamiento de los acreedores garantizados en la insolvencia¹⁷.

11. Desde que se incluyeron en la *Guía* las recomendaciones 30 a 34 y los respectivos comentarios, la CNUDMI ha aprobado varios textos en el ámbito del régimen de la insolvencia, como las partes tercera y cuarta de la *Guía* en que se tratan, respectivamente, la insolvencia de los grupos de empresas y las obligaciones de los directores en el período cercano a la insolvencia¹⁸. El Grupo de Trabajo también ha examinado otras novedades en el ámbito del régimen de la insolvencia, en particular relativas a los sistemas de pago y liquidación y los mercados financieros regulados (véase el párr. 27 *infra*), que informaron la preparación de su programa de posible labor futura¹⁹.

B. Ley aplicable a la validez y eficacia de los derechos y créditos

Recomendación 30

Ley aplicable a la validez y eficacia de los derechos y créditos

El régimen aplicable a la validez y efectividad de los derechos y créditos existentes en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia deberá ser establecido por las normas de derecho internacional privado del Estado en el que se abra el procedimiento de insolvencia.

Comentario

80. Cuando el procedimiento de insolvencia afecta a partes o bienes situados en diferentes Estados pueden surgir cuestiones complejas en cuanto a la legislación que se aplicará a las cuestiones de la validez y eficacia de los derechos sobre esos bienes o de otros créditos; y en cuanto al tratamiento de esos bienes y de los derechos y créditos de

¹⁶ Véanse, p. ej., las recomendaciones 4, 49 a 53, 58, 59, 65 a 67, 88, 187 y 188 con los respectivos comentarios y la sección E del capítulo III de la segunda parte de la *Guía*. En el anexo I de la *Guía* se enumera la mayoría de las disposiciones de la *Guía* que versan sobre el tratamiento de los acreedores garantizados.

¹⁷ Véanse, p. ej., [A/CN.9/535](#) (Informe del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) y el Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) sobre la labor de su primer período de sesiones conjunto (Viena, 16 y 17 de diciembre de 2002)) y [A/CN.9/550](#) (Informe del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) y del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) sobre la labor de su segundo período de sesiones conjunto (Nueva York, 26 a 29 de marzo de 2004)). En el informe del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) sobre la labor de su quinto período de sesiones (Nueva York, 22 a 25 de marzo de 2004) ([A/CN.9/549](#), párr. 34) se señala que el Grupo de Trabajo estimó que eran en general aceptables los principios aplicables a la ejecución de garantías reales en supuestos de insolvencia que acabaron siendo incluidos en la *Guía*. Véase también a ese respecto la nota 6 *supra*.

¹⁸ Si bien la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (LMIT) figura como anexo de la *Guía* y se recomienda específicamente su incorporación al derecho interno en la recomendación 5, las dos leyes modelo recientes no figuran en los anexos. Además, la *Guía para la incorporación al derecho interno y la interpretación* sustituyó en 2013 a la *Guía para la incorporación al derecho interno de la LMIT* que figura como anexo de la *Guía*.

¹⁹ Véase [A/CN.9/798](#), párr. 30.

las partes extranjeras en el procedimiento de insolvencia. En esos casos, el Estado del foro aplicará normalmente sus normas de derecho internacional privado (o reglas sobre conflictos de leyes) para determinar qué régimen se aplica a la validez y eficacia de un derecho o crédito y a su tratamiento en el procedimiento de insolvencia.

81. En un entorno exclusivamente nacional, el régimen de la insolvencia no “crea” derechos (personales o reales) o créditos, pero debería respetar los derechos y créditos que se han adquirido frente al deudor conforme a otra legislación aplicable, ya sea de derecho civil, mercantil o público. El régimen de la insolvencia se ocupa de determinar la posición relativa de cada uno de esos derechos y créditos una vez abierto el procedimiento de insolvencia y, cuando corresponda, de fijar las restricciones y modificaciones de las que serán objeto en el procedimiento para cumplir todos los objetivos de este. Tales limitaciones y restricciones son “efectos de la insolvencia” porque nacen de la apertura del procedimiento de insolvencia contra un deudor.

82. En el caso de la insolvencia transfronteriza, es fundamental distinguir entre la creación de derechos y créditos con arreglo a la legislación que se designe como régimen aplicable (ya sea el derecho interno o el derecho sustantivo extranjero), de conformidad con las reglas sobre conflictos de leyes del foro, y los efectos de la insolvencia sobre esos derechos y créditos. Habida cuenta de que, como ya se señaló, el régimen de la insolvencia no establece derechos o créditos, la cuestión de si se ha creado determinado derecho o crédito, así como el contenido de este, pertenece al ámbito de las reglas generales sobre conflictos de leyes. Por ejemplo, es normal, según esas reglas, que la legislación que regula el contrato determine la existencia de una reclamación contractual contra el deudor insolvente y el monto de la misma; que la *lex rei sitae* determine si se ha creado una garantía real sobre bienes inmuebles en favor de un acreedor específico, etc. En esta esfera, cada Estado aplicará sus reglas sobre conflictos de leyes, incluidas las convenciones internacionales vigentes. En el caso de un procedimiento de insolvencia, el Estado del foro aplicará normalmente sus reglas sobre conflictos de leyes para determinar la legislación que regirá la validez y eficacia de un derecho o crédito antes de examinar el tratamiento del derecho o crédito en el procedimiento de insolvencia. Es importante subrayar que el hecho de determinar la validez y la eficacia no es una cuestión de insolvencia, sino un asunto de régimen aplicable.

12. Como se señala en el comentario sobre la recomendación 30, esta formula la norma para determinar la ley aplicable a la validez y eficacia de los derechos y créditos nacidos antes de la apertura del procedimiento de insolvencia²⁰. Por ello, también debería ser aplicable en los casos en que esos derechos y créditos se convierten en el fundamento de las medidas adoptadas por un representante de la insolvencia u otras partes una vez abierto el procedimiento²¹. En cambio, la validez y la eficacia de los derechos y los créditos nacidos con posterioridad a la apertura quedarían excluidas del ámbito de aplicación de la recomendación. Los textos examinados interpretan que la expresión “la ley aplicable” excluye el reenvío²².

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

Recomendación 31

Ley aplicable en procedimientos de insolvencia: lex fori concursus

²⁰ Por ejemplo, esa misma norma está enunciada en el art. 8 del Convenio de la HCCH sobre la Ley Aplicable a Ciertos Derechos sobre Valores Depositados en un Intermediario (celebrado el 5 de julio de 2006) y en el art. 94 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias.

²¹ Esa interpretación está avalada, por ejemplo, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-535/17, *NK c. BNP Paribas Fortis NV*, sentencia, 6 de febrero de 2019, párr. 28, y la jurisprudencia citada en él que reafirma que la distinción entre asuntos relativos a la insolvencia y asuntos ajenos a la insolvencia no se basaría ni en el contexto procesal en el que la demanda en cuestión se inscribe ni en el momento de la demanda interpuesta, sino en el fundamento jurídico de esta.

²² Véanse, p. ej., el art. 92 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias, la Regla General 5 y el párr. 87 del informe sobre el Convenio de la UE.

El régimen de la insolvencia del Estado en el que se abra el procedimiento de insolvencia (*lex fori concursus*) deberá aplicarse a todos los aspectos de la apertura, la sustanciación, la administración y la conclusión de dicho procedimiento y sus efectos. Entre ellos cabe citar los siguientes:

- a) La determinación de los deudores que pueden quedar sujetos a un procedimiento de insolvencia;
- b) La definición del momento en que se puede abrir el procedimiento de insolvencia y el tipo de procedimiento que se puede abrir, la parte que puede pedir la apertura del procedimiento, y si los criterios de apertura del procedimiento deben ser diferentes según la parte que la solicite;
- c) La constitución y magnitud de la masa de la insolvencia;
- d) La protección y conservación de la masa de la insolvencia;
- e) La utilización o enajenación de los bienes;
- f) La propuesta, la aprobación, la confirmación y la ejecución de un plan de reorganización;
- g) La impugnación de ciertas operaciones que podrían ser perjudiciales para determinadas partes;
- h) El tratamiento de los contratos;
- i) La compensación;
- j) El tratamiento de los acreedores garantizados;
- k) Los derechos y obligaciones del deudor;
- l) Las obligaciones y funciones del representante de la insolvencia;
- m) Las funciones de los acreedores y del comité de acreedores;
- n) El tratamiento de los créditos;
- o) La clasificación de los créditos;
- p) Las costas y los gastos relativos al procedimiento de insolvencia;
- q) La distribución del producto;
- r) La conclusión del procedimiento; y
- s) La exoneración.

Comentario

83. Una vez establecido que un derecho o crédito es válido y eficaz según el derecho designado como aplicable por las reglas sobre conflicto de leyes del foro, una segunda cuestión es saber qué efecto tiene el procedimiento de insolvencia en ese derecho o crédito, es decir, si se va a reconocer y admitir en el procedimiento de insolvencia y, en caso afirmativo, definir su posición relativa. Se trata de un asunto de insolvencia. Desde el punto de vista del conflicto de leyes, el problema en esta segunda fase consiste en determinar el régimen aplicable a esos efectos de la insolvencia. Es perfectamente normal que el derecho del Estado en el que se abre el procedimiento de insolvencia, la *lex fori concursus*, rija la apertura, la sustanciación, la administración y la conclusión de ese procedimiento. Esto abarcaría en general, por ejemplo, la determinación de los deudores que pueden ser objeto del régimen de la insolvencia; las partes que pueden solicitar la apertura del procedimiento de insolvencia y las condiciones de admisibilidad que hay que reunir; los efectos de la apertura, con inclusión del alcance de la paralización; la organización de la administración de la masa; las facultades y funciones de los participantes; las normas sobre la admisibilidad de los créditos; la prioridad y orden de prelación de los créditos; y las normas sobre la distribución. En consecuencia, este régimen regirá por lo general los efectos de la insolvencia sobre los derechos y créditos válidamente adquiridos con arreglo a la legislación extranjera, por ejemplo, si

el derecho o crédito, dada su naturaleza y condiciones, es admisible en la situación de insolvencia del deudor y de qué manera será clasificado.

84. Pueden surgir problemas cuando el derecho que rige la prelación de un crédito es diferente del derecho aplicable distinto del régimen de insolvencia que rige el crédito. Las categorías de los privilegios y prioridades que existen y la prelación de los créditos se establecen siempre por la *lex fori concursus*. Normalmente, al establecer esas categorías y la prelación, el régimen de la insolvencia del Estado tiene en cuenta la existencia de esos créditos con arreglo al derecho interno del Estado. Sin embargo, el crédito de un acreedor puede estar constituido conforme a un derecho extranjero. En ese caso, es necesario determinar qué créditos creados en virtud del derecho extranjero pueden considerarse equivalentes a los creados según el derecho interno del país, que confiere determinados privilegios o prioridades. En otras palabras, hay que examinar si el tipo de crédito creado según el derecho extranjero es “equivalente” al tipo de derecho al que la *lex fori concursus* confiere una condición especial en el procedimiento de insolvencia. El criterio que hay que aplicar es si ambos créditos, dado su contenido esencial y su función, se corresponden o no hasta el punto de poder considerarse “funcionalmente intercambiables”. Si la respuesta es afirmativa, los créditos deberán considerarse equivalentes y recibir el mismo tratamiento en el procedimiento de insolvencia. Si esa equivalencia no puede establecerse, el crédito se tratará en general como un crédito ordinario.

1. Encabezamiento, primera oración

13. La primera oración de la recomendación reza así: “El régimen de la insolvencia del Estado en el que se abra el procedimiento de insolvencia (*lex fori concursus*) deberá aplicarse...”. A ese respecto, los textos examinados afirman específicamente que la ley aplicable al procedimiento de insolvencia y a sus efectos determinará las condiciones de apertura, desarrollo y conclusión del procedimiento de insolvencia o contienen referencias similares expresadas en términos más amplios²³. Algunos de ellos aclaran que esa ley determina los efectos del procedimiento de insolvencia, tanto procesales como materiales, sobre las personas y las relaciones jurídicas implicadas²⁴.

14. Hay diversidad de opiniones respecto del significado de la palabra “ley” en este contexto. Hay quien considera que esa referencia no debería circunscribirse al régimen de la insolvencia²⁵. En cambio, hay quien estima que esa referencia alude al régimen de la insolvencia, tanto en los aspectos procesales como materiales, en su condición de conjunto completo de normas que establecen los efectos específicos del procedimiento de insolvencia con el fin de desempeñar las funciones y cumplir los objetivos de dicho procedimiento con arreglo a la *lex concursus*²⁶.

15. La *Guía* alude a otras leyes distintas al régimen de la insolvencia en varios contextos pertinentes para la recomendación 31. Por ejemplo, la recomendación 66, relativa a las garantías en respaldo de toda financiación posterior a la apertura de un procedimiento, comienza con las palabras “el régimen de la insolvencia” junto con una nota de pie de página en la que se explica que la norma que figura en esa recomendación puede estar enunciada en la legislación sobre otra materia, en cuyo caso el régimen de la insolvencia debería señalar la existencia de tal disposición. Las recomendaciones de la cuarta parte de la *Guía*, que versan sobre las obligaciones de los directores en el período cercano a la insolvencia, hacen referencia a la ley relativa a la insolvencia, y el comentario explica las razones por las que se emplea esa expresión²⁷. También se hace referencia a leyes distintas al régimen de la insolvencia, por ejemplo, en el comentario

²³ Véanse, p. ej., el art. 7 del texto refundido del REI y la Regla Global 12. A ese respecto, el art. 1 del Convenio Nórdico hace referencia a la ley del país en el que se produce la quiebra.

²⁴ Véanse el párr. 90 del informe sobre el Convenio de la UE y el considerando 66 del texto refundido del REI.

²⁵ Véanse las notas de los compiladores sobre la Regla General 12.

²⁶ Véase Brinkmann, *European Insolvency Regulation. Article-by Article Commentary*, pág. 87.

²⁷ Véase el cap. I, Contexto, párr. 11 y nota 6.

sobre la propiedad conjunta de bienes²⁸, los derechos de prelación o créditos privilegiados²⁹ y la venta de bienes libres de gravámenes³⁰.

16. También hay diversidad de opiniones respecto a si la “ley” incluye las normas de derecho internacional privado. En las notas de los compiladores sobre la Regla General 12 se afirma que por “ley” se entiende en principio el derecho material y procesal de un Estado determinado, incluidas sus normas no vinculantes, pero excluidas sus normas de derecho internacional privado. En otros comentarios se hace una afirmación similar³¹. Según otra corriente, la *lex fori concursus* no excluye las normas sobre la elección de la ley aplicable del Estado en que se haya abierto el procedimiento de insolvencia³². En los casos en que esas normas remiten a la ley de otro Estado, la opinión generalizada es que remiten al derecho material de ese Estado, no a sus normas de derecho internacional privado (es decir, queda excluido el renvío)³³. (Al respecto, véase además el párr. 19 *infra*).

2. Encabezamiento, segunda oración: lista ilustrativa de elementos de la *lex fori concursus*

17. La recomendación 31 contiene una lista ilustrativa de elementos que quedan comprendidos en la *lex fori concursus*, tal y como indican las palabras “Entre ellos cabe citar los siguientes” de la segunda oración. Algunos de los textos examinados incluyen una lista mínima imperativa³⁴ mientras que otros no incluyen ninguna lista de elementos³⁵.

18. Podría considerarse que algunos de los elementos enumerados en la recomendación 31, como los elementos a), b), k), l), m), p) y r), quedan comprendidos en la ley procesal de la insolvencia, por lo que deben quedar comprendidos en la *lex fori concursus* de conformidad con la norma universalmente aceptada sobre la elección de la ley aplicable según la cual los tribunales aplican su propio derecho procesal como parte de la ley del foro. En particular, hay acuerdo general en que el procedimiento de ejecución se rige por la *lex fori executionis*. Lo que se aplica a una ejecución concreta también debe aplicarse al procedimiento de insolvencia como medio colectivo de ejecución privada³⁶.

19. Otros elementos tal vez queden comprendidos en el derecho material. Hay quien sostiene que, como tales, pueden venir determinados de acuerdo con normas específicas sobre la elección de la ley aplicable que remiten a puntos de conexión externos³⁷. Hay quien opina, en cambio, que los efectos materiales remitidos a la competencia de la ley del Estado en que se haya abierto el procedimiento de insolvencia son los típicos del régimen de la insolvencia, es decir, los efectos que son necesarios para que el procedimiento de insolvencia cumpla sus finalidades. Tal es así que la ley del Estado en que se haya abierto el procedimiento puede sustituir la ley normalmente aplicable al acto en cuestión con arreglo a las normas habituales sobre conflictos de leyes que rigen antes de la apertura del procedimiento. Esto sucede, por ejemplo, con la anulación de actos perjudiciales para la masa de acreedores aun cuando esos actos se rijan, de acuerdo con las normas generales sobre conflictos de leyes, por la ley de otro Estado³⁸.

²⁸ Véanse los párrs. 20 y 21 del cap. II de la segunda parte de la *Guía*.

²⁹ Véanse los párrs. 67 a 74 del cap. V de la *Guía*.

³⁰ Véanse los párrs. 85 y 86 del cap. II de la segunda parte de la *Guía*.

³¹ Véase, p. ej., el párr. 87 del informe sobre el Convenio de la UE.

³² Véase Brinkmann, *European Insolvency Regulation. Article-by Article Commentary*, págs. 88 a 90.

³³ Véase la Regla General 5.

³⁴ Véase, p. ej., el art. 7, párr. 2, del texto refundido del REI, que reza así: “Dicha ley determinará en particular:”. Véase la sentencia de 9 de noviembre de 2016 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-212/15 (*ENEFI*) a título de ejemplo de resolución judicial en que se explica cómo debería interpretarse la lista.

³⁵ Véase, p.ej., la Regla General 12.

³⁶ Véase Brinkmann, *European Insolvency Regulation. Article-by Article Commentary*, pág. 88.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ Véase el párr. 90 del informe sobre el Convenio de la UE.

3. Cuestiones planteadas por los elementos numerados

20. Las listas de elementos comprendidos en la *lex fori concursus* que figuran en los textos examinados difieren de la lista que figura en la recomendación 31. Algunas de estas diferencias no son reseñables. Pueden darse, por ejemplo, porque los elementos se agrupan de otro modo o se emplea otra terminología.

21. La lista de la recomendación 31 debería interpretarse junto con otras disposiciones de la *Guía*. Por ejemplo, el elemento d), que se refiere a la protección y conservación de la masa de la insolvencia, comprende la paralización en el momento de la apertura de un procedimiento, de acuerdo con el capítulo II de la *Guía*. La paralización del procedimiento se define en el glosario como “medida que impide la apertura o suspende la continuación de acciones de carácter judicial o administrativo, u otro tipo de acción individual, referentes a los bienes, los derechos, las obligaciones o las deudas del deudor, inclusive acciones para hacer efectivas las garantías reales contra terceros o ejecutar una garantía real; que paraliza toda medida ejecutiva contra los bienes de la masa de la insolvencia, la resolución de todo contrato en el que el deudor sea parte, y que suspende la transferencia, los gravámenes u otras formas de enajenación de cualesquiera bienes de la masa de la insolvencia o derechos sobre ella”. Por tanto, el elemento d) comprende diversos aspectos que podrían enumerarse por separado en otros textos en el marco de la *lex fori concursus*. Lo mismo se aplica a otros elementos de la lista cuyo alcance se explica en otras disposiciones de la *Guía* (p. ej., la utilización y disposición de los bienes³⁹, el régimen aplicable a los contratos⁴⁰ y el régimen aplicable a los créditos⁴¹).

22. Otras diferencias entre la enumeración de elementos en textos examinados y la de la recomendación 31 son más sustantivas, como, por ejemplo, la omisión del elemento f) (La propuesta, la aprobación, la confirmación y la ejecución⁴² de un plan de reorganización) o el elemento j) (El tratamiento de los acreedores garantizados). La omisión de este último elemento podría explicarse porque en algunos de los textos examinados se excluyen los derechos reales preexistentes⁴³ de los efectos de la apertura del procedimiento de insolvencia⁴⁴, con la excepción de la anulación⁴⁵. En algunos textos, esa exclusión está supeditada a la existencia de una salvaguardia encaminada a prevenir una explotación abusiva de los “paraísos para activos”⁴⁶.

23. Esta práctica respecto de los derechos reales está recogida en el párrafo 88 del comentario sobre las recomendaciones 30 a 34. Sin embargo, durante la preparación de la *Guía* no se apoyó en grado suficiente la propuesta de incluir en ella una excepción a la *lex fori concursus* para los derechos reales⁴⁷. En ese momento se convino en que la apertura de un procedimiento de insolvencia no debería desplazar las normas generales sobre conflictos de leyes aplicables a la constitución y la oponibilidad de una garantía mobiliaria a terceros que rigieran antes de la apertura. También se convino en que la apertura del procedimiento de insolvencia no debería desplazar la ley aplicable a la prelación de garantías mobiliarias, salvo en la medida en que el régimen de la insolvencia así lo dispusiera explícitamente. Además, se convino en que la apertura

³⁹ Véase la secc. C del cap. II de la segunda parte de la *Guía*.

⁴⁰ Véase la secc. E del cap. II de la segunda parte de la *Guía*.

⁴¹ Véase la secc. A del cap. V de la segunda parte de la *Guía*.

⁴² El término “ejecución de un plan de reorganización” enunciado en ese elemento, entendido en un sentido más amplio que el “contenido del plan”, podría plantear interrogantes, puesto que en algunos casos la ejecución del plan podría dejarse en manos del derecho de los contratos y, por ende, en manos de la autonomía de las partes para que estas elijan la ley aplicable.

⁴³ En esos textos, la calificación de un derecho como derecho real se deja en manos del derecho interno que rige esos derechos reales, que por regla general será la *lex rei sitae*, pero los derechos inscritos en un registro público y oponible frente a terceros se suelen considerar un derecho real. Véanse ejemplos de derechos reales en el art. 8 del texto refundido del REI y el comentario sobre la Regla General 15.

⁴⁴ Véanse los considerandos 68 y 69 y el art. 8 del texto refundido del REI, el art. 50 del Tratado de Montevideo (1940), el art. 420 del Código de Bustamante, los arts. 5 y 7 del Convenio Nórdico y la Regla General 15.

⁴⁵ Véase, p. ej., el art. 8, párr. 4, del texto refundido del REI.

⁴⁶ Véase, p. ej., la Regla General 16.

⁴⁷ A/CN.9/551, párr. 31. Véanse también las recomendaciones 3 y 4 de la *Guía*, que guardan relación con ese debate.

podría desplazar las normas aplicables a la ejecución de garantías mobiliarias, dado que la ejecución debería atenerse al régimen de la insolvencia del Estado en que se hubiera abierto el procedimiento de insolvencia⁴⁸.

24. El párrafo 88 del comentario también reconoce que los derechos de compensación pueden ser objeto de una legislación distinta de la del foro por motivos relacionados con las expectativas de las partes, especialmente si hacen negocios entre sí con regularidad. Al mismo tiempo, en el párrafo 91 del comentario se afirma que las reglas del foro en materia de compensación deberían aplicarse a los créditos sobre la base de que, en caso de insolvencia, los derechos de compensación están estrechamente relacionados con la prueba y cuantificación de los créditos y las políticas que rigen el tratamiento por igual de los acreedores. Habida cuenta de que se trata de cuestiones reguladas por la ley del foro, los derechos de compensación deberían estar regulados de manera análoga. En algunos textos examinados se dispone que la ley aplicable al crédito del deudor en el momento en que se constituyó el derecho de compensación prevalece si permite la compensación y la *lex fori concursus* no la permite⁴⁹. Esta norma solamente resulta aplicable a un derecho de compensación que nazca respecto de créditos recíprocos existentes antes de la apertura del procedimiento de insolvencia⁵⁰ y, en algunos textos examinados, está supeditada a la existencia de una salvaguardia según la cual puede no aplicarse la norma si la ley aplicable al crédito del deudor elegida por las partes no es razonable⁵¹.

25. En relación con la impugnación (elemento g) de la lista), en los párrafos 89 y 90 del comentario se analizan distintos enfoques para determinar la ley que rige la impugnación de las operaciones y las políticas que subyacen a esos enfoques. En el Coloquio también se trataron esas cuestiones (véanse los párrs. 26 y 27 del informe del Coloquio). Uno de los enfoques descritos en esos documentos figura en los textos examinados que prevén la protección de un acto frente a la impugnación si el acto está sujeto a una ley distinta de la *lex fori concursus* y esa otra ley no permite por ningún medio que se impugne dicho acto en ese caso concreto⁵². También se contempla una salvaguardia encaminada a prevenir abusos en la elección de la ley aplicable en esos casos⁵³.

26. El reconocimiento transfronterizo de los efectos de la *lex fori concursus* respecto de algunos elementos enumerados en la recomendación 31, como el tratamiento y la clasificación de los créditos y la exoneración de las deudas, suscita otras cuestiones en determinadas circunstancias⁵⁴.

D. Excepciones a la *lex fori concursus*

1. Sistema de pago o liquidación o mercado financiero regulado

Recomendación 32

No obstante lo dispuesto en la recomendación 31, los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los derechos y obligaciones de los participantes en un sistema de pago

⁴⁸ Véase A/CN.9/549, párr. 34.

⁴⁹ Véanse, p. ej., el art. 9 del texto refundido del REI y la Regla General 17, que ha de interpretarse junto con la Regla General 21.

⁵⁰ Véanse, p. ej., el comentario y las notas de los compiladores sobre las Reglas Generales 17 y 18.

⁵¹ Véase, p.ej., la Regla General 18.

⁵² Véanse, p. ej., los arts. 7, párr. 2 m), y 16 del texto refundido del REI (así como los arts. 8, párr. 4; 9, párr. 2; 10, párr. 3, y 12, párr. 2).

⁵³ Véase, p.ej., la Regla General 23.

⁵⁴ Véanse, p. ej., el art. 20 del texto refundido del REI; la norma vigente en algunas jurisdicciones de tradición anglosajona según la cual una deuda puede ser objeto de transacción únicamente en virtud de la ley aplicable a la deuda, a menos que el acreedor se someta a la jurisdicción extranjera, y los materiales de la sesión 2 del Cuarto Coloquio Internacional de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, 16 a 18 de diciembre de 2013, Viena (https://uncitral.un.org/en/colloquia/insolvency/fourth_uncitral_international_insolvency_law_collouquium), que ponen de relieve las cuestiones que plantea el reconocimiento transfronterizo de la exoneración.

o liquidación o en un mercado financiero regulado deberían regirse exclusivamente por el régimen aplicable a ese sistema o mercado.

Comentario

86. Las excepciones a la aplicación de la *lex fori concursus* responden en general a determinadas consideraciones de política social. Algunas leyes se centran, por ejemplo, en apoyar la seguridad comercial y reducir el riesgo de las partes que realizan operaciones mercantiles. Las partes en una operación definen sus relaciones teniendo en cuenta un entorno jurídico específico, lo cual abarca examinar en qué medida sus derechos estarán protegidos en caso de insolvencia del deudor, que es el riesgo más clásico que corre todo acreedor. La aplicación del régimen con arreglo al cual se creó el derecho o el crédito en cuestión puede ser en general más fácil de entender para el acreedor, más previsible en cuanto a los efectos de la insolvencia y más difícilmente manipulable por el deudor ex-post que la aplicación del derecho correspondiente al centro de los principales intereses o domicilio del deudor. Sobre esa base, puede afirmarse que determinadas circunstancias sería razonable permitir y proteger la decisión de las partes de someterse a la legislación en virtud de la cual se creó el derecho o el crédito. Un ejemplo claro es el de los sistemas de pago o liquidación y los mercados financieros regulados, que, según numerosos regímenes de la insolvencia, requieren una excepción a la aplicación de la *lex fori concursus*. Si se adopta el régimen aplicable al sistema o al mercado regulado, puede evitarse la modificación de los mecanismos de pago y liquidación en caso de insolvencia de un participante, con lo cual se protege la seguridad jurídica y la confianza generales en el sistema o en el mercado y se evitan los riesgos sistémicos.

27. A diferencia de otras recomendaciones de la *Guía*, la recomendación 32 está redactado con claridad y contundencia (“deberían” y “exclusivamente”). Debería interpretarse junto con las recomendaciones 101 a 107 de la *Guía* y los respectivos comentarios en que se analizan los contratos financieros y la compensación global por saldos netos. Entre otras cosas, las recomendaciones hacen lo siguiente: a) prevén que los contratos financieros queden exentos de la paralización, también en cuanto a la ejecución de las cláusulas de extinción de contratos y las garantías mobiliarias, b) declaran no sujetas a anulación las transferencias usuales previas a la apertura de un procedimiento de insolvencia y c) recomiendan reconocer y amparar el carácter definitivo y firme de las operaciones efectuadas a través de sistemas de pago y liquidación en caso de insolvencia de un participante en el sistema. A ese respecto, el Grupo de Trabajo tal vez desee recordar que en su 44º período de sesiones, celebrado en 2013, se convino en que era necesario actualizar esa parte de la *Guía*⁵⁵. En el informe del Coloquio (véanse los párrs. 24, 25 y 47 d)) se hizo hincapié en la necesidad de tener en cuenta en el contexto de este proyecto las cuestiones surgidas de la digitalización de las operaciones y los mercados financieros

28. En uno de los textos examinados, esta misma excepción a la *lex fori concursus* se hace extensible a las acciones de nulidad, anulación o inoponibilidad de los pagos o de las operaciones efectuadas en esos sistemas o mercados⁵⁶.

2. Contratos de trabajo

Recomendación 33

No obstante lo previsto en la recomendación 31, los efectos del procedimiento de insolvencia sobre el rechazo, la continuación o la modificación de los contratos de trabajo podrán estar regulados por el régimen aplicable al contrato.

⁵⁵ Véase A/CN.9/798, párrs. 26 y 30. Se hizo referencia a los Principios relativos a la Aplicabilidad de las Cláusulas sobre Rescisión con Compensación por Saldos Netos del UNIDROIT. Véase también el principio C10.4 de los principios del Banco Mundial para regímenes eficaces de insolvencia y entre acreedores y deudores (Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes), que se aparta de las recomendaciones 101 a 107 de la *Guía*.

⁵⁶ Véase, p. ej., el art. 12 del texto refundido del REI

Comentario

87. Algunos regímenes adoptan excepciones para conservar determinados derechos e intereses, especialmente protegidos por la legislación del Estado contra las incertidumbres o incoherencias que pueda ocasionar la aplicación de los efectos de la insolvencia de una *lex fori concursus* extranjera. Por ejemplo, en lo que respecta a los contratos de trabajo, pueden preverse salvaguardias especiales (a menudo obligatorias) en la forma de una red de protección financiera para los trabajadores, o restricciones al rechazo o modificación de esos contratos en caso de insolvencia. El fundamento de tales disposiciones reside en la protección de las expectativas razonables de los empleados respecto de su contrato de empleo, en el reconocimiento de que los trabajadores pueden hallarse en una situación para negociar relativamente más frágil que sus empleadores y en la seguridad de que no va a haber discriminación entre los trabajadores que están sujetos a un mismo ordenamiento jurídico, independientemente de que su empleador sea del país o extranjero. En algunos Estados esa protección solo surtirá efecto en el caso de contratos de trabajo individuales, mientras que en otros estas disposiciones se aplicarán asimismo a los convenios laborales colectivos.

29. A diferencia de la recomendación 32, la recomendación 33 es permisiva (se emplea la palabra “podrán”). El proceso de elaboración de esa recomendación indica que su inclusión en la *Guía*, incluso con una redacción tan permisiva, planteó ciertas inquietudes. Una de las cuestiones que preocupaba era que, por principio general, los empleados del deudor que trabajaban en el Estado del foro debían ser tratados con arreglo a la ley de ese Estado y el texto a continuación de “contratos de trabajo” debía pasar a rezar “podrán limitarse a los empleados en el Estado en que se haya abierto el procedimiento de insolvencia”. Otro aspecto que generaba inquietud era la conveniencia de reformular la recomendación para que únicamente ciertos contratos pudieran regirse por otra ley o la conveniencia de que la recomendación tan solo fuera aplicable a los contratos laborales regidos por una ley distinta a la ley del foro. Además, preocupaba que, en su redacción actual, la recomendación podría dar la impresión de que el Grupo de Trabajo era partidario de incluir esa excepción en un régimen de la insolvencia, motivo por el cual debería trasladarse al comentario. En cambio, hay quien opinaba que debía mantenerse la recomendación, dado que la disposición era puramente permisiva y que en algunas regiones era habitual que las empresas tuvieran empleados en distintas jurisdicciones sujetos a diferentes contratos laborales. Se observó que el hecho de no prever esa exclusión de la ley del foro podría tener repercusiones de orden público que podrían ser fuente de incertidumbre e impedir que el procedimiento de insolvencia siguiera su curso normal⁵⁷.

30. Algunos de los textos examinados contemplan una excepción incondicional a la *lex fori concursus* en el caso de los contratos laborales (“se regularán exclusivamente”)⁵⁸. En el comentario sobre esos textos se aclara que la referencia a la ley del Estado aplicable al contrato de trabajo incluye el régimen de la insolvencia de ese Estado⁵⁹. Al mismo tiempo, se hace hincapié en que la *lex fori concursus* seguirá siendo aplicable a la presentación, examen, reconocimiento, clasificación y revocación de los créditos laborales⁶⁰. Constituirían una excepción los casos en que se hubiera contraído un compromiso con el fin de evitar la apertura de un procedimiento paralelo⁶¹.

3. Otras excepciones posibles a la *lex fori concursus***Recomendación 34**

Si, además de las recomendaciones 32 y 33, se añadieran nuevas excepciones, su número debería ser limitado y su contenido habría de exponerse o señalarse claramente en el régimen de la insolvencia.

⁵⁷ A/CN.9/551, párr. 30.

⁵⁸ Véanse, p. ej., el art. 13 del texto refundido del REI y la Regla Global 20.

⁵⁹ Véase el párr. 128 del informe sobre el Convenio de la UE.

⁶⁰ *Ibid.* Véanse también el considerando 72 del texto refundido del REI y el comentario y las notas de los compiladores sobre las Reglas Generales 19 a 21.

⁶¹ Véanse el considerando 72 y el art. 36 del texto refundido del REI.

Comentario

80. ... Si bien el procedimiento de insolvencia puede regirse normalmente por la legislación del Estado en el que se inicia (la *lex fori concursus*), muchos Estados han adoptado excepciones a la aplicación de esa legislación, que varían en cuanto a su número y alcance. Esta diversidad de número y alcance de las excepciones puede crear incertidumbre e imprevisibilidad a las partes afectadas por un procedimiento de insolvencia transfronteriza. Al abordar concretamente, y de manera transparente y previsible, las cuestiones del derecho aplicable, un régimen de la insolvencia puede aportar seguridad jurídica respecto de los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los derechos y créditos de las partes afectadas por ese procedimiento.

[...]

85. Para determinar los efectos de la insolvencia sobre los derechos y créditos válidos y efectivos, algunos regímenes adoptan excepciones a la aplicación de la *lex fori concursus*. La finalidad de la excepción no es cambiar el derecho aplicable a la cuestión de la validez y la fuerza ejecutoria (que sigue rigiéndose por las reglas generales sobre conflictos de leyes del foro), sino cambiar el régimen aplicable a los efectos de la insolvencia. En lugar de aplicar la *lex fori concursus*, los efectos de la insolvencia pueden regularse, por ejemplo, por el mismo régimen aplicable a la cuestión de la validez y la eficacia. Por ejemplo, los efectos de la insolvencia sobre un derecho a compensación pueden determinarse no solo por la *lex fori concursus*, sino por el régimen aplicable a los derechos de compensación. Otros ejemplos de excepciones a la aplicación del derecho del foro, adoptados por diferentes regímenes de la insolvencia, se refieren al derecho aplicable a los sistemas de pago, los contratos de trabajo, las disposiciones sobre la anulación y los derechos reales.

[...]

91. Es fundamental que las consideraciones normativas que constituyen la base de una excepción a la aplicación de la *lex fori concursus* tengan en cuenta otras consideraciones que son centrales en los procedimientos de insolvencia, en particular los objetivos de obtener el máximo valor posible de la masa de la insolvencia en beneficio de todos los acreedores, y no solo de algunos, y de tratar por igual a todos los acreedores que se hallen en una situación similar. La ley del foro se diseñará en apoyo de los objetivos específicos del régimen de la insolvencia en ese Estado y ofrecerá seguridad jurídica al representante de la insolvencia en el desempeño de muchas de sus funciones respecto del procedimiento, como son la anulación de operaciones, el tratamiento de los contratos, el tratamiento de los créditos, etc. Su aplicación al procedimiento de insolvencia puede evitar litigios potencialmente costosos y prolongados para determinar cuestiones del derecho aplicable respecto de los efectos de la insolvencia y la validez y eficacia de los derechos o créditos, habida cuenta de los efectos de la insolvencia previstos en la ley del foro. Así pues, en muchas circunstancias, la aplicación de la *lex fori concursus* para los efectos de la insolvencia puede reducir los costos y las demoras y, por consiguiente, lograr que se obtenga el máximo valor posible de la masa de la insolvencia en beneficio de todos los acreedores. Además, la aplicación de una excepción a la *lex fori concursus* para los efectos de la insolvencia puede dar lugar a un tratamiento distinto de tales efectos en acreedores que se hallan en situación similar, solamente porque sus derechos y créditos se rigen por un régimen diferente. [...]

31. Algunos de los textos examinados prevén otras excepciones a la *lex fori concursus*⁶², por ejemplo, en relación con actos celebrados tras la apertura del procedimiento de insolvencia⁶³. El proceso de elaboración de las recomendaciones 30 a 34 indica que hubo dudas respecto de la inclusión en la *Guía* de excepciones a la *lex fori concursus* además de las enumeradas en las recomendaciones 32 y 33 (en aquel

⁶² Por ejemplo, los contratos sobre bienes inmuebles (art. 11 del texto refundido del REI), los efectos sobre los derechos sometidos a registro (art. 14 del texto refundido del REI) y sobre procesos en curso o procedimientos arbitrales en curso (art. 18 del texto refundido del REI).

⁶³ Véase el art. 17 del texto refundido del REI sobre la protección de los terceros adquirentes.

momento se expresó preocupación por que la *Guía* “diera la impresión de que propiciaba la proliferación de las excepciones”⁶⁴).

IV. Cuestiones que se someten al examen del Grupo de Trabajo

32. Se invita al Grupo de Trabajo a estudiar la dirección que la labor sobre el tema debería seguir y su alcance, en particular si la labor debería limitarse a actualizar la sección en cuestión de la *Guía* o si debería llevar a preparar otro instrumento que sustituyera o complementara la *Guía* a ese respecto, como se hizo para la insolvencia de grupos de empresas. El alcance de las modificaciones en las disposiciones actuales de la *Guía* dependería de la decisión que se adoptase. Con independencia de la opción por la que opte, el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la conveniencia de adoptar el enfoque gradual recomendado (véase el párr. 2 *supra*).

33. Si se sigue ese enfoque, el Grupo de Trabajo tal vez desee empezar dando instrucciones a la secretaría sobre las cuestiones planteadas en el capítulo III de la presente nota y otros aspectos derivados de estas como, por ejemplo, las siguientes:

a) si es necesario profundizar en las cuestiones tratadas en la recomendación 30;

b) si se debería ampliar la lista de elementos comprendidos en la *lex fori concursus*, como la incoación de acciones contra los directores en vista de la adición posterior de la cuarta parte de la *Guía*;

c) si se debería modificar en otro sentido la lista de la recomendación 31;

d) si sigue siendo válido el enfoque seguido para redactar las recomendaciones 32 y 33 cuando se elaboró la *Guía*;

e) si serían necesarias excepciones adicionales a la *lex fori concursus*;

f) si las normas de la ley aplicable pueden plantear otras cuestiones en el contexto de la reorganización en contraposición a la liquidación⁶⁵;

g) si se debería contemplar una excepción de orden público que denegara la aplicación de una ley extranjera, que actualmente no figura en la *Guía* en el contexto de las recomendaciones 30 a 34⁶⁶;

h) si se debería conferir un tratamiento especial a los bienes digitales (véase el párr. 47 d) del informe del Coloquio)⁶⁷.

34. En etapas ulteriores del proyecto, quizás sea necesario estudiar la interacción de la *lex fori concursus* de los procedimientos paralelos haciendo referencia a las disposiciones pertinentes de las leyes modelo de la CNUDMI en materia de insolvencia (véanse en ese sentido los párrs. 10 a 14 del informe del Coloquio y el párr. 8 *supra*)⁶⁸.

⁶⁴ A/CN.9/551, párr. 31.

⁶⁵ Durante las consultas mantenidas con grupos de expertos, se informó a la secretaría acerca de una propuesta planteada en una jurisdicción consistente en que la legislación formulara un conjunto separado de normas sobre la ley aplicable en materia de reorganización. En ese sentido, se pusieron de relieve las repercusiones negativas que tendría una excepción a la *lex fori concursus* para los contratos laborales en la reorganización cuyo objetivo es lograr un alcance universal.

⁶⁶ Esa excepción está contemplada en otros textos de la CNUDMI, en particular en el ámbito de la insolvencia transfronteriza, pero se recomienda darle una interpretación restrictiva e invocarla en circunstancias excepcionales concernientes a asuntos de importancia fundamental para el Estado. Véase, p. ej., el párr. 104 de la *Guía para la incorporación al derecho interno y la interpretación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza*.

⁶⁷ A ese respecto, el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de la labor sobre bienes digitales que se lleva a cabo en otros foros como, por ejemplo, el UNIDROIT (<https://www.unidroit.org/work-in-progress/digital-assets-and-private-law>). Sin embargo, las consultas mantenidas por la secretaría al respecto no apuntan a la necesidad de concebir una excepción a la *lex fori concursus* específicamente para los bienes digitales.

⁶⁸ Varias disposiciones de la LMIT contienen referencias a la ley aplicable, ya sea la ley extranjera aplicable o la ley del Estado promulgante (véanse, p. ej., los arts. 5; 13, párr. 2; 14, párr. 3 c); 21, párr. 3; 23, párr. 2; 24, y 28), y establecen la preeminencia del procedimiento extranjero principal

En el Coloquio, se destacaron especialmente las dificultades en la aplicación de la *lex fori concursus* en el contexto de los grupos de empresas (véase el párr. 38 del informe del Coloquio)⁶⁹.

respecto del procedimiento extranjero no principal (véase, p. ej., el art. 19, párr. 4, de la LMIT) y del procedimiento de insolvencia local respecto del procedimiento de insolvencia extranjero (véase, p. ej., el art. 29 de la LMIT).

⁶⁹ Como se señaló en el Coloquio (véase el párr. 14 del informe del Coloquio), algunas disposiciones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia de Grupos de Empresas (LMIGE) suponen una deferencia a la *lex fori concursus* de la jurisdicción del procedimiento principal en que se haya abierto el procedimiento de planificación del grupo. Además, la LMIGE alude a la ley aplicable cuando trata los compromisos contraídos respecto del tratamiento otorgado a los créditos extranjeros (arts. 28 y 30) si bien a ese respecto no hace referencia, por ejemplo, a la ley aplicable a la forma del compromiso, la ley aplicable a la aprobación del compromiso (normas sobre la mayoría exigida, la votación, etc.) y la ley aplicable a la distribución del producto de la venta de los bienes locales, los derechos de los acreedores en relación con esos bienes y la clasificación de los créditos de los acreedores. A efectos de comparación, véase el art. 36 del texto refundido del REI.