



Asamblea General

Distr. limitada
20 de enero de 2004
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia)
30º período de sesiones
Nueva York, 29 de marzo a 2 de abril de 2004

Proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia

Nota de la Secretaría

Derecho aplicable a los procedimientos de insolvencia

1. En su 29º período de sesiones, celebrado en septiembre de 2003, el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) examinó el derecho aplicable a los procedimientos de insolvencia sobre la base del documento A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.17. Se pidió a la Secretaría que en la revisión del texto de las recomendaciones sobre el derecho aplicable recogiera las opiniones expresadas en el debate y formulara un comentario para que el Grupo de Trabajo lo examinara en su período de sesiones siguiente. Se pidió asimismo a la Secretaría que consultara con la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.
2. En la presente nota se ofrece a la consideración del Grupo de Trabajo un proyecto de comentario sobre el derecho aplicable a los procedimientos de insolvencia y un conjunto de recomendaciones revisadas elaboradas en consulta con la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Este material tiene por objeto sustituir la actual sección D que figura después del párrafo 652 del documento A/CN.9/WG.V/WP.70, segunda parte, (y supondría volver a numerar adecuadamente el comentario y las recomendaciones de ese documento).
3. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la ubicación de la recomendación 179 revisada de la Guía, habida cuenta de que no trata de cuestiones de derecho aplicable (véase también la recomendación 74 a) en el capítulo II.F sobre la anulación).



Segunda parte. Disposiciones fundamentales para un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente

V. Administración del procedimiento

D. Derecho aplicable a los procedimientos de insolvencia

1. Introducción

652a. 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 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. En la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (capítulo VII) no figuran reglas armonizadas sobre conflictos de leyes para su adopción por los Estados promulgantes, lo que hace que esos asuntos se rijan por las normas y prácticas establecidas. Si bien el procedimiento de insolvencia puede regirse normalmente por la legislación del Estado en el que se abre (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 predecible, las cuestiones del derecho aplicable, un régimen de la insolvencia puede ayudar a infundir certidumbre respecto de los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los derechos y créditos de las partes afectadas por ese procedimiento.

2. Derecho aplicable a la creación de derechos, títulos y créditos

652b. 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, comercial 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 éste. Tales limitaciones y restricciones son “efectos de la insolvencia” porque nacen de la apertura del procedimiento de insolvencia contra un deudor.

652c. 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 un determinado derecho o crédito ha sido creado, así como el contenido de ese derecho o crédito, 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 una garantía real sobre bienes inmuebles ha sido creada 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.

3. Régimen aplicable a los efectos de la insolvencia - *lex fori concursus*

652d. Una vez establecido que un derecho o crédito es válido y eficaz según el derecho designado como aplicable por las reglas sobre conflictos de leyes del foro, una segunda cuestión es saber qué efecto tiene el procedimiento de insolvencia en el 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.

652e. Pueden surgir problemas cuando el derecho que rige la jerarquización 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 jerarquización de los créditos se establecen siempre por la *lex fori concursus*. Normalmente, al establecer esas categorías y la jerarquización, 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.

4. Régimen aplicable a los efectos de la insolvencia - excepciones a la *lex fori concursus*

652f. 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 sólo 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.

a) Sistemas de pago y liquidación y mercados financieros regulados

652g. 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 certidumbre comercial y reducir el riesgo de las partes que realizan operaciones comerciales. 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 vigente del 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 elocuente 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 certidumbre y confianza generales en el sistema o el mercado y se evita el riesgo sistémico.

b) Contratos de trabajo

652h. 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.

c) Garantías reales

652i. Algunos regímenes de la insolvencia también adoptan ese criterio respecto de las garantías reales. Esta solución significa que la legislación que rige un derecho real determinaría no sólo su creación y validez general sino también su eficacia en caso de un procedimiento de insolvencia. En otras palabras, la situación de la garantía real en un procedimiento de insolvencia abierto en el extranjero no se establecerá por la *lex fori concursus*, sino por el régimen de la insolvencia de la legislación aplicable a la garantía real. La aplicación de la *lex fori concursus*, de lo contrario, podría afectar al marco jurídico de la concesión de préstamos garantizados, introduciendo un factor de inestabilidad que puede aumentar el costo de financiación interno. Si el procedimiento extranjero afecta a las garantías reales locales, el valor de esas garantías puede resultar gravemente mermado. Asimismo, una transferencia del centro de los principales intereses del deudor a un Estado diferente puede provocar un cambio radical en la situación de la parte garantizada. Como se señaló antes, los derechos de compensación también 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.

d) Disposiciones sobre la anulación

652j. El fundamento para apoyar la certidumbre y reducir el riesgo puede también aplicarse a la puesta en práctica de las disposiciones sobre la anulación. Numerosos regímenes de la insolvencia estipulan que la legislación que rige la anulación de operaciones deberá ser la *lex fori concursus*, incluso en los casos en que, según las reglas generales sobre conflictos de leyes del foro, las operaciones que se fueran a anular estuvieran reguladas por el derecho extranjero. Otros regímenes consideran que la legislación que rige la operación rige también las acciones de anulación relativas a la operación. La política en que se basan estas excepciones a la aplicación de la *lex fori concursus* protege a la otra parte y su decisión de someterse a la ley que rige la operación. Tal criterio puede ofrecer a la otra parte cierto grado de certidumbre y previsibilidad, en el sentido de que sus operaciones con el deudor no se verán afectadas posteriormente en un procedimiento de insolvencia, y podrá ayudar a reducir el costo del crédito y de las operaciones comerciales al disminuir el

riesgo de anulación (que puede ser fundamental en el caso de operaciones que se realicen en un sistema de pago o liquidación).

652k. En algunos regímenes que tienen en cuenta el derecho que rige las operaciones en lo que respecta a las acciones de anulación se adopta un criterio que combina la *lex fori concursus* y el régimen que rige la operación de una de varias maneras. Según un criterio, una operación no será objeto de anulación en caso de insolvencia a menos que sea anulable con arreglo a la legislación del Estado en el que se abrió el procedimiento de insolvencia y también a la legislación que rige la operación. Un segundo criterio establece que una operación es anulable si la anulación puede llevarse el efecto ya sea a tenor de la legislación del foro o de la que rige la operación. Un régimen, por ejemplo, establece que la legislación del foro se aplicará a la anulación, pero admite la aplicación de una legislación diferente cuando ésta es más rigurosa que la del foro y da lugar a la anulación de una gama mayor de operaciones.

5. Logro de un equilibrio entre la conveniencia de las excepciones y los objetivos del régimen de la insolvencia

6521. 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 maximizar el valor de la masa de la insolvencia en beneficio de todos los acreedores, y no sólo 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 ordenamiento y ofrecerá certidumbre 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, maximizar el valor 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. Puede aducirse, por ejemplo, que las reglas de la compensación del foro 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 éstas son cuestiones que están reguladas por la legislación del foro, los derechos de compensación deberían estar regulados de manera análoga.

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones relativas al derecho aplicable a los procedimientos de insolvencia tienen por objeto:

- a) facilitar el comercio reconociendo, en el procedimiento de insolvencia, los derechos y créditos nacidos antes de la apertura del procedimiento y el régimen que se aplicará a la validez y eficacia de esos derechos y créditos;
- b) Establecer el régimen aplicable al procedimiento de insolvencia y las eventuales excepciones a la aplicación de ese régimen.

Contenido de las disposiciones legales

Reconocimiento de los derechos y créditos nacidos antes de la apertura

179) El régimen de la insolvencia debería reconocer los derechos y créditos nacidos con arreglo a la legislación general, con sujeción a los límites expresamente mencionados en el régimen de la insolvencia.

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

180) El régimen aplicable a la validez y eficacia de los derechos y créditos existentes en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia deberá establecerse por las normas de derecho internacional privado del Estado en el que se abre el procedimiento de insolvencia.

Régimen aplicable al procedimiento de insolvencia

181) El régimen de la insolvencia del Estado en el que se abre 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 determinación 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 la amplitud de la masa de la insolvencia;
- d) la protección y conservación de la masa de la insolvencia;
- e) la utilización o colocación de los bienes;
- f) la propuesta, la aprobación, la confirmación y la ejecución de un plan de reorganización;
- g) la anulación de determinadas operaciones;
- 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.

Excepciones a la aplicación del régimen del procedimiento de insolvencia

182) No obstante lo dispuesto en la recomendación 179), los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los derechos y obligaciones de los participantes en un sistema de pago o liquidación o en un mercado financiero regulado se regirán exclusivamente por el régimen aplicable a ese sistema o mercado.

183) No obstante lo dispuesto en la recomendación 179), 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.

184) Si además de las recomendaciones 182) y 183) se añadieran nuevas excepciones, su número deberá ser limitado y su contenido habrá de exponerse o señalarse claramente en el régimen de la insolvencia.