

# Reflexiones sobre la unificación de las normas de Derecho internacional privado aplicables a los procedimientos de insolvencia transfronteriza

Ángel María Ballesteros Barros<sup>1</sup>

**SUMARIO:** *Introducción. I. La codificación del Derecho de la insolvencia transfronteriza: armonización versus unificación. II. La unificación conflictual en el ámbito universal del Derecho de la insolvencia transfronteriza a través de un convenio internacional. Reflexión final.*

## Introducción

1. La codificación del Derecho de la insolvencia transfronteriza refleja una tendencia hacia una progresiva *armonización* a través de la utilización de la técnica metodológica del *soft law*. Pese a que parte de la doctrina discute su valor normativo<sup>2</sup>, lo cierto es que el grado de flexibilidad que aporta el *soft law* permite alcanzar cierta uniformidad en la regulación de la insolvencia transfronteriza, no exenta de limitación debido al particularismo de los Estados y a la ausencia de carácter vinculante<sup>3</sup>.
2. Desde la perspectiva del Derecho internacional privado, el presupuesto origen de este planteamiento cabe situarlo en la diversidad y pluralidad de ordenamientos jurídicos nacionales (tanto *Derecho sustantivo* como *procesal*) aplicables a la institución de la insolvencia, lo cual dificulta la elaboración de un "*Derecho concursal internacional uniforme*"<sup>4</sup>. No obstante, resulta imposible la regulación de las normas de Derecho internacional privado a través del *soft law*, siendo el tratado internacional la técnica metodológica perfecta para el proceso de unificación de las normas conflictuales.

---

<sup>1</sup> Profesor Doctor de Derecho Internacional Privado, Universidad Pablo de Olavide (Sevilla, España). Abogado. Representante de la Unión Internacional de Abogados en el Grupo V (Régimen de Insolvencia) de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL).

<sup>2</sup> A. BOUVERESSE, "La portée normative de la soft law", *Revue du marché commun et de l'Union Européenne*, núm. 588, 2015, pp. 291-298.

<sup>3</sup> J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, R. ARENAS GARCÍA y P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho de los negocios internacionales*, Iustel, 3ª edición, Madrid, 2011, pp. 62-75.

<sup>4</sup> A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho concursal internacional*, Colex, Madrid, 2004, pp. 16-17.

3. El objeto del presente estudio es analizar, en primer lugar, cuáles son los antecedentes e hitos más importantes en el proceso de codificación del Derecho de la insolvencia transfronteriza y cuál ha sido el papel que en este proceso ha desempeñado la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante UNCITRAL) en el ámbito universal (*cf. epígrafe I infra*). El autor propone de *lege ferenda* la elaboración de instrumentos vinculantes de ámbito universal para la *unificación* de las reglas que resuelvan el conflicto de leyes y de jurisdicción en el Derecho concursal internacional (*cf. epígrafe II infra*).

#### **I. La codificación del Derecho de la insolvencia transfronteriza: *armonización versus unificación*.**

4. Analizaremos en primer lugar cuáles han sido los antecedentes históricos más importantes en el proceso de codificación del Derecho de la insolvencia transfronteriza (*cf. epígrafe A infra*) y cuál ha sido el papel que en este proceso ha desempeñado UNCITRAL en el ámbito universal (*cf. epígrafe B infra*).

##### **A) Antecedentes históricos en el proceso de codificación del Derecho de la insolvencia transfronteriza.**

5. Con independencia de la previa existencia de algunos tratados bilaterales o multilaterales que ya recogían disposiciones sobre la quiebra<sup>5</sup>, el primer intento de codificación de un texto en el ámbito universal en materia de insolvencia transfronteriza tuvo lugar con un proyecto de convención internacional de 1894 realizado en el seno de la II Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> El primer tratado multilateral de ámbito regional que recoge normas sobre quiebras es el Tratado de Montevideo de Derecho Mercantil Internacional de 1889, posteriormente revisado en 1940. Sobre estos antecedentes, *cf.* K. NADELMANN, "Bankruptcy Treaties", *The University Pennsylvania Law Review*, vol. 93, núm. 1, 1944. *Cfr.* traducción al castellano por H. PEREÑA DE MALAGÓN, *Biblioteca Jurídica Virtual*, Universidad Autónoma de Méjico, Tomo 10, núm. 37, 1948, pp. 105-149.

<sup>6</sup> *Actes de la Deuxième Conférence de La Haye de Droit International Privé*, 1894, pp. 146-147.

6. El proyecto vuelve a estar incluido en las agendas de la III y IV Conferencias de La Haya de 1900<sup>7</sup> y 1904<sup>8</sup>, retomándose de nuevo en los debates de la V Conferencia de La Haya de 1925, en la cual se elabora un proyecto de convención sobre la quiebra<sup>9</sup>. Este proyecto tiene influencia en los tratados bilaterales o multilaterales de ese periodo de entreguerras, como reflejan los textos del Tratado de Derecho internacional Privado de La Habana de 1928<sup>10</sup> y del Tratado Nórdico sobre quiebras de 7 de noviembre de 1933<sup>11</sup>.
7. En el marco del Consejo de Europa se adoptó el primer tratado multilateral en materia de insolvencia transfronteriza con el Convenio de Estambul de 5 de junio de 1990 sobre determinados aspectos de la quiebra internacional<sup>12</sup>.
8. Sin embargo, en las Comunidades Europeas ya habían estado trabajando durante años para elaborar un convenio internacional en materia de insolvencia<sup>13</sup>, habiéndose preparado los Anteproyectos de 1970<sup>14</sup>, de 1980<sup>15</sup> y de 1984<sup>16</sup>, que finalmente culminaron con la aprobación del Convenio de

---

<sup>7</sup> *Actes de la Troisième Conférence de Droit International Privé*, 1900, pp. 147-152.

<sup>8</sup> *Actes de la Quatrième Conférence de Droit International Privé*, 1904, pp. 222-223.

<sup>9</sup> *Actes de la Cinquième Conférence de Droit International Privé*, 1925, pp. 341-344. Cfr. M. O. HUDSON, "The progressive Codification of International Law", *American Journal of International Law*, Vol. 20, núm. 4, 1926, pp. 655-669; J. KOSTERS, "La Cinquième Conférence de Droit International Privé", *Revue de Droit International et de Législation Comparée*, 1926, pp. 245-280.

<sup>10</sup> Este Tratado, conocido como *Código Bustamante*, fue adoptado en el marco de la VI Conferencia Pan-Americana. Contiene normas de conflicto relativas a la quiebra.

<sup>11</sup> Firmado entre Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia.

<sup>12</sup> Sólo fue firmado por Bélgica, Francia, Alemania, Grecia, Italia, Luxemburgo, Turquía y Chipre, éste último país el único en ratificarlo. El texto del Convenio de 1990 puede ser consultado en RCDIP, 1993, pp. 121 y ss. Sobre su análisis, P. VOLKEN, "L'harmonisation du droit international privé de la faillite", *RCADI*, 1991-V, t. 230, pp. 345-431; y M. OLIVENCIA RUIZ, "La evolución del Derecho de quiebra y el Consejo de Europa", *Liber amicorum. Colección de estudios jurídicos en homenaje al Profesor Pérez Montero*, Universidad de Oviedo, 1988, pp. 1047 y ss.

<sup>13</sup> Sobre esta evolución histórica, cfr. P. J. OMAR, "Genesis of the European Initiative in Insolvency Law", *International Insolvency Review*, 2003, Vol. 12, pp. 147-170.

<sup>14</sup> El Anteproyecto de 1970 se componía de ochenta y dos artículos, dos Anexos y un Protocolo. El texto se puede consultar en K. LIPSTEIN (ed.), *Harmonisation of Private International Law by the E.E.C.*, Institute of Advanced Legal Studies, Londres, 1978, pp. 169 y ss. Sobre una presentación general de su contenido, cf. J.A. PASTOR RIDRUEJO, "La faillite en droit international privé", *RCADI*, 1971-II, pp. 162 y ss.

<sup>15</sup> El Anteproyecto de 1980 se componía de ochenta y siete artículos, dos Anexos y un Protocolo, y fue publicado en el Boletín de las Comunidades Europeas, Suplemento 2/82. Sobre su contenido, cfr. I. F. FLETCHER, "Conflict of laws and European Community Law with special reference to the Community Conventions on Private International Law. The Draft Convention on Bankruptcy and related matters", R. H. GRAVESON (ed.), *Problems in Private International Law*, North Holland, Amsterdam, Nueva York, Oxford, 1982, pp. 187-249.

<sup>16</sup> Este Anteproyecto de 1984 fue resultado de una revisión del anterior por un Grupo de trabajo *ad hoc*

Bruselas de 23 de noviembre de 1995 relativo a los procedimientos de insolvencia<sup>17</sup>, acompañado del célebre Informe VIRGÓS / SCHMIT<sup>18</sup>. No obstante, este convenio comunitario nunca llegó a entrar en vigor.

9. La *comunitarización* del Derecho internacional privado tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam posibilitó la elaboración del Reglamento (CE) nº 1346/2000, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia (en adelante REI), el cual establece normas comunes para los procedimientos transfronterizos de insolvencia en los países de la Unión Europea<sup>19</sup>.
10. El REI ha supuesto la *unificación* de las *normas de Derecho internacional privado* aplicables a los procedimientos de insolvencia transfronteriza abiertos en los Estados miembros, al establecer (i) criterios comunes para la determinación de los tribunales competentes para la apertura de un procedimiento de insolvencia; (ii) reglas para la determinación del ordenamiento aplicable al fondo del asunto; (iii) mecanismos de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de insolvencia; y (iv) reglas de cooperación y coordinación procesal entre procedimientos paralelos de insolvencia<sup>20</sup>.

---

denominado *Convention Faillite*, reunido entre abril de 1982 y 29 de junio de 1984. Se introdujeron modificaciones en determinados artículos y se eliminó de forma definitiva la Ley Uniforme. El texto se publicó de forma restringida en Documento del Consejo de las Comunidades Europeas núm. 8759/84 DRS (CFC), y puede consultarse en J. THIEME, *Vorschläge und Gutachten zum Entwurf eines EG-Konkursübereinkommens*, Tübinga, J. C. B. Mohr, 1988, pp. 417 y ss.

<sup>17</sup> Sobre su contenido, cf. M. VIRGÓS SORIANO, "The 1995 European Community Convention on Insolvency Proceedings: an Insider's View", *Forum internationale*, núm. 25, Kluwer, La Haya, 1998.

<sup>18</sup> El texto del Convenio y del Informe pueden consultarse en M. VIRGÓS SORIANO y F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil europeo*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pp. 421 y ss., y también en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1995, pp. 5050 y ss.

<sup>19</sup> DOCE L 160 de 30.06.2000, pp. 1-18. Se aplica a los Estados miembros, a excepción de Dinamarca.

<sup>20</sup> F. CORDÓN MORENO, "La unificación del Derecho concursal en el ámbito de la Unión Europea: El Reglamento comunitario 1346/2000, de procedimientos de insolvencia", *Unión Europea Aranzadi*, Vol. 30, núm. 3, 2003, pp. 5-14.

11. No podemos inferir que el REI instaure un *Derecho concursal comunitario uniforme*<sup>21</sup>, pero debido a su efecto unificador, el instrumento comunitario incorpora algunas reglas de *derecho sustantivo uniforme* al establecer *normas materiales especiales*, tales como la presentación de los créditos por parte de acreedores de otros países (artículos 39 a 42 REI), sobre igualdad del trato en el pago a los acreedores (artículo 20 REI) o reglas para la coordinación de los representantes de la insolvencia en caso de procedimientos paralelos (artículo 31 REI)<sup>22</sup>.
12. El REI ha sido modificado recientemente por el Reglamento (UE) nº 2015/848, de 20 de mayo<sup>23</sup>, que introduce modificaciones significativas en los procedimientos de insolvencia en Unión Europea, entre las que destacan la ampliación del ámbito de aplicación material, la introducción de reglas adicionales en la determinación de la competencia judicial internacional, se reforman los procedimientos secundarios y se incluye por vez primera el tratamiento de la insolvencia de sociedades pertenecientes a grupos multinacionales<sup>24</sup>.
13. Esta tendencia hacia la unificación de las normas de Derecho internacional privado se observa también en otros ámbitos regionales como el *Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif* aprobada en el marco de la OHADA, inspirada en el REI<sup>25</sup>.
14. Teniendo en cuenta los antecedentes de estos instrumentos, en gran medida elaborados en el marco de organizaciones internacionales de ámbito regional, cabe preguntarse el papel que ha desarrollado UNCITRAL en la codificación de la insolvencia transfronteriza.

---

<sup>21</sup> Así lo indica el propio Considerando nº 11 del Preámbulo del REI, al expresar que “*el presente Reglamento acepta el hecho de que, para una amplia serie muy diferenciada de casos de derecho material, no resulta práctico un procedimiento único de insolvencia con validez universal para toda la Comunidad*”.

<sup>22</sup> J.-L. VALLENS, *L'insolvabilité des entreprises en droit comparé*, Joly, París, 2011, p. 118.

<sup>23</sup> DO L 141 de 05.06.2015, pp. 19-72. Se aplicará a partir del 26 de junio de 2017.

<sup>24</sup> P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “La evolución del régimen europeo sobre procedimientos de insolvencia”, *La Ley Unión Europea*, núm. 8592.

<sup>25</sup> J.-L. VALLENS, *L'insolvabilité des entreprises en droit comparé*, Joly, París, 2011, p. 138.

**B) La labor de UNCITRAL en el proceso de codificación del Derecho de la insolvencia transfronteriza en el ámbito universal.**

15. La Resolución 2102 (XX), de 20 de diciembre de 1965, de la Asamblea General de la ONU, que ordenó la creación de UNCITRAL<sup>26</sup>, señalaba en su Preámbulo que *“los conflictos y divergencias que surgen de las leyes de los diversos Estados en materias relacionadas con el comercio internacional constituyen un obstáculo al desarrollo del comercio mundial”*. Por ello, la Resolución 2205 (XXI), de 17 de diciembre de 1966, de la Asamblea General de la ONU señaló que UNCITRAL nacía con el objetivo de *“promover la armonización y unificación progresivas del Derecho mercantil internacional”*<sup>27</sup>.
16. Entre las técnicas a utilizar para alcanzar esos fines, el Informe del Secretario General encargado por la citada Resolución 2102 (XX) expresaba que se podrían seguir dos técnicas complementarias: (i) la elaboración de normas de Derecho internacional privado (*normas de conflicto*), y (ii) la unificación y armonización progresivas de las leyes sustantivas (*ley uniforme*)<sup>28</sup>.
17. No obstante la posibilidad de ambos instrumentos, hasta el momento UNCITRAL ha optado por la segunda de las opciones y, dentro de ella, por una preferencia del mecanismo de la *armonización* progresiva en detrimento de la *unificación*. Se ha descartado, por el momento, el uso de la técnica de las *normas de Derecho internacional privado*<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> *Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, 1970, vol. 1, p. 19.

<sup>27</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General*, vigésimo primer periodo de sesiones, Anexos, tema 88 del programa, documentos A/6396 y Add. 1 y 2; *Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, 1970, vol. 1, pp. 68-70.

<sup>28</sup> Informe del Secretario General (“Estudio del Profesor Schmitthoff”), incluido en el documento A/6396. *Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, 1970, vol. 1, pp. 19-47, en especial pp. 22-23.

<sup>29</sup> Resulta paradigmática la intervención del representante de China en los trabajos preparatorios de la creación de la UNCITRAL: *“si los países lograsen establecer reglas uniformes de derecho sustantivo, desaparecería el interés de las reglas de derecho internacional privado (...) El proceso de codificación del derecho internacional privado y el de unificación del derecho privado están ambos destinados a*

18. Con base en el objetivo de la *armonización*, UNCITRAL aprobó el 30 de mayo de 1997 la *Ley Modelo sobre insolvencia transfronteriza* y su Guía de incorporación<sup>30</sup>, objeto ésta última de una reciente actualización<sup>31</sup>. La Ley Modelo supuso el primer texto de ámbito universal que pretendía armonizar las legislaciones nacionales en materia de insolvencia en el tráfico externo<sup>32</sup>.
19. Esta tendencia a la *armonización* frente a la unificación se vio confirmada con la elaboración de la *Guía Legislativa sobre el régimen de la insolvencia*, aprobada por UNCITRAL el 25 de junio de 2004<sup>33</sup>. Este texto de *soft law* tiene como finalidad informar y contribuir a la labor de reforma de los regímenes de la insolvencia sirviendo de texto referencia para las autoridades nacionales.
20. Con posterioridad, UNCITRAL ha aprobado la *Guía de prácticas sobre cooperación, comunicación y coordinación en procedimientos de insolvencia transfronteriza*, con el objetivo de proponer soluciones a los conflictos de jurisdicción y de autoridades que surgen en el tráfico externo en esta materia<sup>34</sup>.

---

*favorecer el comercio internacional, siempre que estos dos procesos se desenvuelvan gradualmente y no persigan objetivos incompatibles*". Documentos Oficiales de la Asamblea General, vigésimo periodo de sesiones, Sexta Comisión, 895ª sesión, párrafos 13 y 15.

<sup>30</sup> Sobre el contenido de la Ley Modelo, cfr. ESPLUGUES MOTA, C., "*The UNCITRAL Model Law of 1997 Cross Border Insolvency: an Approach*", DCI, 1998, pp. 657 y ss.; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., "*La Ley Modelo de UNCITRAL: una guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia*", Comentarios a la Ley Concursal, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. Mª (Coord.), Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 815 y ss.

<sup>31</sup> Texto aprobado por UNCITRAL en su 973ª sesión celebrada el 18 de julio de 2013. También se ha completado con el documento denominado "*Ley Modelo sobre insolvencia transfronteriza: la perspectiva judicial*", aprobado el 1 de julio de 2011 para ayudar a los jueces en cuestiones que puedan surgir en el contexto de una solicitud de reconocimiento presentada con arreglo a la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza. Este texto ha sido actualizado de nuevo en 2013.

<sup>32</sup> En su Preámbulo, la Ley Modelo señala que su finalidad es "*establecer mecanismos eficaces para la resolución de los casos de insolvencia transfronteriza con miras a promover el logro de (...) a) la cooperación entre los tribunales y demás autoridades competentes de este Estado y de los Estados extranjeros que hayan de intervenir en casos de insolvencia transfronteriza*".

<sup>33</sup> Sobre el contenido de la Guía Legislativa, cfr. D. MORÁN BOVIO (Coord.), *Guía Legislativa de UNCITRAL sobre el Régimen de la Insolvencia*, La Ley, Monografía 5/2006, Madrid, 2006. La Guía Legislativa sobre el régimen de la insolvencia, que tenía en su origen solo dos Partes, ha sido completada posteriormente añadiendo la Parte Tercera (*Trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia*), aprobada el 18 de julio de 2010, y la Parte Cuarta (*Obligaciones de los directores en el periodo cercano a la insolvencia*) aprobada el 18 de julio de 2013.

<sup>34</sup> Aprobada por UNCITRAL el 1 de julio de 2009.

21. En la actualidad, UNCITRAL trabaja en un *Proyecto de ley modelo sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias relacionadas con casos de insolvencia*<sup>35</sup>, una vez más en uso de la técnica del *soft law*.
22. Este importante desarrollo legislativo por parte de UNCITRAL elaborado a través de la técnica del *soft law* no pretende promover la unificación del Derecho sustantivo en materia de insolvencia, sino servir de inspiración al legislador nacional a la hora de regular esta institución en Derecho interno. El efecto de las leyes modelos es el de una armonización o unificación indirecta, puesto que las disposiciones modelos no serán incluidas en Derecho interno en el caso de que el legislador nacional adopte el texto propuesto como modelo, a diferencia del efecto directo de las leyes uniformes<sup>36</sup>.
23. Cabe plantearse si el uso por UNCITRAL de instrumentos no vinculantes de *soft law* como la Ley Modelo y la Guía Legislativa ha podido tener como consecuencia un menor grado de armonización y unificación en el Derecho de la insolvencia transfronteriza. Lo cierto es que solo una parte minoritaria de países ha adoptado el contenido de la Ley Modelo en su legislación, reduciendo aún más el efecto de armonización o de unificación indirecta perseguido. Por todo ello, resulta legítimo preguntarse si un instrumento internacional de unificación conflictual sería posible en el ámbito universal, en lo que se refiere a las reglas de Derecho internacional privado que resuelven el *conflicto de leyes y de jurisdicción* que se plantea.

---

<sup>35</sup> UNCITRAL, A/CN.9/WG.V/WP.130, debatido en la 47ª sesión celebrada en Nueva York del 26 al 29 de mayo de 2015; A/CN.9/WP.5/WP.135, debatido en la 48ª sesión celebrada en Viena del 14 al 18 de diciembre de 2015; A/CN.9/WP.5/WP.138, debatido en la 49ª sesión celebrada en Nueva York del 2 al 6 de mayo de 2016; y A/CN.9/WG.V/WP.143, debatido en la 50ª sesión celebrada en Viena del 12 al 16 de diciembre de 2016.

<sup>36</sup> M. OLIVENCIA, "Ley y disposiciones legales modelo como instrumentos de armonización y unificación internacional del derecho de la insolvencia", *Estudios de derecho mercantil: homenaje al profesor Justino F. Duque*, Vol. 2, 1998, pp. 1655-1663. Como ha afirmado el Profesor OLIVENCIA, "como técnica de unificación, el efecto de las leyes modelo es indirecto, en cuanto que sus disposiciones no se integran en los Derechos nacionales, a diferencia de lo que sucede con las leyes uniformes. (...) Sólo si los legisladores adoptan como modelo el texto propuesto, tendrá éste un efecto indirecto de unificación"; *op. cit.*, pp. 1655-1656.

## II. La unificación conflictual en el ámbito universal del Derecho de la insolvencia transfronteriza a través de un convenio internacional.

24. Analizaremos en primer lugar cuáles han sido los antecedentes de la presente propuesta de unificación conflictual de la insolvencia transfronteriza a través de un convenio internacional (*cf. epígrafe A infra*) y cuál podría ser su contenido material (*cf. epígrafe B infra*).

### A) Antecedentes de la propuesta.

25. Para la consecución de los objetivos perseguidos por la Resolución 2205 (XXI), de 17 de diciembre de 1966, de la Asamblea General de la ONU (*"promover la armonización y unificación progresivas del Derecho mercantil internacional"*), y coincidiendo con el quincuagésimo aniversario de la creación de UNCITRAL, quizás sea llevado el momento para acometer un instrumento vinculante de ámbito universal en materia de insolvencia transfronteriza que supere los obstáculos planteados por la diversidad de ordenamientos jurídicos nacionales y las limitaciones del uso de la técnica del *soft law*.

26. Se trata de retomar la idea del convenio internacional abordada ya en el curso de los debates que precedieron a la aprobación de la Ley Modelo de 1997, en los cuales se planteó la posibilidad de elaborar, no disposiciones modelo, sino una convención internacional<sup>37</sup>, idea que finalmente fue descartada<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> UNCITRAL, A/CN.9/433, debatido en el 30º período de sesiones del Grupo de Trabajo V celebrado en Viena del 7 al 28 de octubre de 1996. Se reproduce el párrafo 17: *"No obstante, se presentaron argumentos en pro de un proyecto de convención. Se consideró que para regular las cuestiones tratadas, que se referían esencialmente a la cooperación judicial internacional, sería más apropiado que el texto revistiera la forma de una convención, en vez de disposiciones legales modelo. Se sostuvo que esas cuestiones requerían un mayor grado de uniformidad, que era imposible de lograr con una ley modelo, dado que los Estados, al aplicar una ley modelo, eran libres de introducir cambios sustanciales en su texto. También se señaló que en algunos Estados la cooperación con autoridades judiciales extranjeras estaba tradicionalmente sujeta a la regla de la reciprocidad. Se afirmó asimismo que, mientras que en el caso de las convenciones internacionales era fácil demostrar que se había cumplido con la regla de la reciprocidad, con una ley modelo resultaría mucho más difícil de comprobar. Además, se sostuvo que en un tema como el de la insolvencia transfronteriza, aunque resultara más difícil elaborar una convención que una ley modelo, lo cierto es que la convención sería más fácil de aplicar."*

<sup>38</sup> UNCITRAL, A/CN.9/433, *cit.* en nota 36, párrafo 20: *"el Grupo de Trabajo decidió proseguir y llevar a*

27. De *lege ferenda*, este autor considera que el convenio internacional supone la técnica legislativa más adecuada para la evolución del Derecho de la insolvencia transfronteriza, en particular en lo relativo al reconocimiento y ejecución de sentencias<sup>39</sup>.
28. En esta línea de pensamiento, recientemente podemos destacar algunos avances significativos. En el debate sobre el futuro trabajo a realizar por el Grupo V de UNCITRAL, se presentaron diversas propuestas en relación con la elaboración de una convención internacional en materia de insolvencia transfronteriza<sup>40</sup>. Tras deliberar sobre estas propuestas, la Comisión de UNCITRAL decidió que el trabajo futuro del Grupo de Trabajo V consistiera en que *“se diera orientación a los Estados sobre la interpretación y aplicación de determinados conceptos de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza relacionados con el centro de los principales intereses y, posiblemente, de que se elaborara una ley modelo o disposiciones modelo sobre el régimen de la insolvencia en que se regularan determinadas cuestiones de derecho internacional de la insolvencia, como la jurisdicción, el acceso a los tribunales extranjeros y el reconocimiento de los procedimientos extranjeros, de un modo que no impidiera preparar una convención”*<sup>41</sup>.

---

*término su labor sobre el proyecto de Disposiciones Legales Modelo, sin perjuicio de la posibilidad de que se formularan unas disposiciones convencionales modelo o una convención propiamente dicha sobre cooperación judicial en materia de insolvencia transfronteriza, si posteriormente la Comisión así lo decidiera.”*

<sup>39</sup> En el mismo sentido, cfr. G. BAER, “Towards an International Insolvency Convention: Issues, Options and Feasibility Considerations”, *Business Law International*, vol. 17, núm. 1, 2016, pp. 5-25. En palabras de M. OLIVENCIA RUIZ, op. cit., p. 1663: *“el tratado internacional es la forma más idónea, y por ello prioritaria, para regular los temas de reconocimiento y de cooperación, una fuente ante la que ceden las disposiciones legales concebidas como modelo (...)”*.

<sup>40</sup> UNCITRAL, A/CN.9/433, cit. en nota 31, párrafo 20; sobre el origen de esta propuesta cfr. A/CN.9/WG.V/XXXVII/CRP.3, presentado por el autor de este estudio en nombre de la Unión Internacional de Abogados (UIA) relativa a la elaboración de un tratado internacional sobre insolvencia transfronteriza. En el mismo sentido la propuesta de la International Bar Association (IBA) [Documento A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.6]. Dichas propuestas fueron debatidas por el Grupo de Trabajo V en su 37º período de sesiones (Viena, 9 a 13 de noviembre de 2009) (A/CN.9/686, párrs. 127 a 130) y en el 38º período de sesiones (Nueva York, 19 a 23 de abril de 2010) (A/CN.9/691, párrs. 99 a 104). Sobre los antecedentes y génesis de estas propuestas, cfr. D. MORÁN BOVIO, “UNCITRAL on Insolvency Law: Third Act, First Scene”, *World Arbitration & Mediation Review*, vol. 6, nº 1, pp. 139-159.

<sup>41</sup> UNCITRAL, A/CN.9/691, párrafo 104, en relación con la propuesta de los Estados Unidos descrita en A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.1, párrafo 8.

29. Fruto de los posteriores debates del Grupo V en el estudio de las disposiciones modelo sobre el centro de intereses principales del deudor, se creó un grupo *ad hoc* de expertos para el estudio de la viabilidad de una convención internacional sobre insolvencia transfronteriza<sup>42</sup>. Sin embargo, por el momento, el tema de la convención no ha sido considerado como una prioridad en la agenda de trabajo del grupo V<sup>43</sup>.
30. La tarea de estudiar la viabilidad de elaborar un convenio internacional en materia de insolvencia transfronteriza ha cobrado si cabe más relevancia puesto que en la actualidad la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado se encuentra en proceso de elaboración de un *proyecto de convención sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias en materia civil y comercial*<sup>44</sup>. En el estado actual del borrador, la insolvencia se encuentra excluida de su ámbito material de aplicación<sup>45</sup>. En nuestra opinión, la exclusión de esta materia de la futura convención internacional sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras de La Haya evidenciaría aún más la ausencia de un instrumento vinculante de ámbito universal sobre los efectos extraterritoriales de los procedimientos de insolvencia transfronteriza.
31. En el estado actual de la cuestión, la propuesta que se formula en el presente estudio es la viabilidad de un convenio internacional como cauce de unificación de las normas de Derecho internacional privado en el ámbito universal.

---

<sup>42</sup> UNCITRAL, A/CN.9/798, párrafo 44, deliberado en el 44º período de sesiones celebrado en Viena del 16 al 20 de diciembre de 2013. Este grupo *ad hoc* se reunió por primera vez para abordar esta propuesta con ocasión de la 45ª sesión del Grupo de Trabajo V celebrada en Nueva York del 21 al 25 de abril de 2014. La última reunión ha sido celebrada durante la 49ª sesión del Grupo V celebrada en Nueva York del 2 al 6 de mayo de 2016.

<sup>43</sup> UNCITRAL, A/71/17, párrafo 247, *Informe de UNCITRAL*, deliberado en la 49ª sesión celebrada del 25 de junio al 15 de julio 2016. Se reproduce el párrafo 247: “*la Comisión señaló que un grupo especial de composición abierta, integrado por interesados, podría seguir estudiando oficiosamente la viabilidad de elaborar una convención sobre cuestiones de insolvencia de carácter internacional teniendo en cuenta una lista de cuestiones preparada y distribuida por la Secretaría. Sin embargo, observando que el Grupo de Trabajo V ya tenía un programa de actividades muy nutrido y que la Secretaría quizás tuviera poco tiempo y recursos para realizar esa labor oficiosa, la Comisión acordó que esa labor solo se llevara a cabo en la forma y en el momento en que la Secretaría pudiera hacerlo.*”

<sup>44</sup> Cfr. *Preliminary Draft convention* aprobado por la Comisión Especial celebrada del 16 al 24 de febrero de 2017. Publicado online [<https://assets.hcch.net/docs/48e64d28-fc33-4927-b323-4e2fa6a10ab2.pdf>]

<sup>45</sup> El artículo 2.2, letra e), del proyecto de convención está actualmente redactado como sigue: “*This Convention shall not apply to the following matters: (...) e) insolvency, composition, resolution of financial institutions, and analogous matters.*”

**B) Propuesta *lege ferenda*: un convenio internacional para la unificación conflictual en materia de insolvencia transfronteriza.**

32. En el Informe del Secretario General encargado por la citada Resolución 2102 (XX) expresaba que se podrían seguir dos técnicas complementarias: (i) la elaboración de normas de Derecho internacional privado (*normas de conflicto*), y (ii) la unificación y armonización progresivas de las leyes sustantivas (*ley uniforme*)<sup>46</sup>. Pues bien, el convenio internacional objeto de la propuesta se encuadraría en la técnica de Derecho internacional privado con el objetivo de unificar las normas de conflicto y de jurisdicción aplicables en los procedimientos de insolvencia transfronteriza.
33. Consideramos que el convenio internacional supone la técnica legislativa más adecuada para reforzar los objetivos de cooperación, coordinación y asistencia judicial internacional en los procedimientos de insolvencia transfronterizos, puesto que es un instrumento vinculante para los Estados partes que garantiza la reciprocidad, superando la ausencia de carácter vinculante del *soft law*. Contribuiría a la atribución de efectos extraterritoriales a las resoluciones judiciales extranjeras, mejorando los principios de reconocimiento y ejecución de las mismas.
34. En cuanto al contenido del instrumento, este autor ha propuesto ya con anterioridad en UNCITRAL que un convenio internacional sobre insolvencia transfronteriza pudiera contener disposiciones sobre (i) el acceso de los tribunales a los representantes extranjeros de la insolvencia; (ii) el reconocimiento de los procedimientos extranjeros de la insolvencia; (iii) la comunicación, coordinación y cooperación entre los representantes de la insolvencia y los tribunales; (iv) la competencia judicial internacional para la apertura de los procedimientos de insolvencia; y (v) reglas sobre ley aplicable<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> Cfr. Nota 27 supra, Informe del Secretario General ("Estudio del Profesor Schmitthoff").

<sup>47</sup> Á.Mª BALLESTEROS BARROS, "Propuesta de convenio internacional sobre insolvencia transfronteriza", *Fourth International Insolvency Law Colloquium*, UNCITRAL, celebrada en Viena del 16 al 18 de diciembre

35. En aras de favorecer la existencia de un consenso mayoritario, las materias enumeradas como (i), (ii) y (iii) podrían ser consideradas como prioritarias; las materias enumeradas como (iv) y (v) podrían ser objeto de negociaciones paralelas susceptibles de encuadrarse en Protocolos separados.
36. Estas materias fueron consideradas como susceptibles de ser incorporadas a un posible convenio internacional por parte de la Secretaría de UNCITRAL<sup>48</sup>. Otros autores han sugerido ampliar el contenido de la propuesta a materias como el establecimiento de un tribunal internacional para la resolución de disputas en materia de insolvencia<sup>49</sup> o los planes de reestructuración y acuerdos de refinanciación<sup>50</sup>.
37. A la hora de redactar el convenio, el contenido de la Ley Modelo, de la Guía Legislativa y los demás textos elaborados por UNCITRAL en esta materia servirían de inspiración, puesto que constituyen un paradigma de normativa sobre insolvencia transfronteriza. En concreto, el *Proyecto de ley modelo sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias relacionadas con casos de insolvencia*, en curso de elaboración en la actualidad, supone un importante texto de referencia, por cuanto aborda el tratamiento de la extraterritorialidad de las resoluciones judiciales en materia de insolvencia, lo cual es uno de los principios clásicos del Derecho internacional privado.

---

de 2013.

<sup>48</sup> UNCITRAL, documento difundido por la Secretaría de manera informal a los Delegados y Observadores internacionales con motivo de la reunión del grupo ad hoc durante la 49ª sesión celebrada en Nueva York del 2 al 6 de mayo de 2016. Estas materias relacionadas en la propuesta son las siguientes (original en inglés): (a) Granting foreign insolvency representatives access to courts; (b) Recognition of foreign insolvency proceedings (with the effect of granting the foreign proceeding the rights of a national proceeding or triggering a secondary proceeding); (c) Cooperation and communication between insolvency representatives and courts; (d) Direct competence (for commencement of proceedings, whether main or non-main); (e) Applicable law; (f) Multinational enterprise groups; and (g) Recognition and enforcement of insolvency-related judgments.

<sup>49</sup> G. BAER, *op. cit.*, pp. 13-15.

<sup>50</sup> B. WESSELS, *Judicial Coordination of Cross-border Insolvency Cases*, Kluwer, Deventer, 2008, p. 45: "Such a convention should act as an aid for judges to navigate in uncharted waters, should ensure that all stakeholders in a restructuring or insolvency have the information they need to make informed decisions and should adopt procedural safeguards to ensure the integrity of all judgments given." Postura mantenida en su entrada en el *Leiden Law Blog* de fecha 24 de mayo de 2016 (<http://leidenlawblog.nl/articles/towards-a-worldwide-international-insolvency-convention>).

## **Reflexión final**

38. La elaboración de un instrumento vinculante como el convenio internacional propuesto supone un reto que contribuiría sin duda alguna a la modernización y unificación de las normas que rigen el Derecho de la insolvencia transfronteriza, justificando con ello los objetivos perseguidos desde la creación de UNCITRAL y contribuyendo al éxito de la importante labor que esta organización internacional ha demostrado durante los cincuenta años de existencia que ahora felizmente conmemoramos.