CNUDMI

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA
EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

CNUDMI Anuario

Volumen XXXVII: 2006

NACIONES UNIDAS

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA
EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

ANUARIO

Volumen XXXVII: 2006

NACIONES UNIDAS
Nueva York, 2012

NOTA

Las signaturas de los documentos de las Naciones Unidas se componen de letras mayúsculas y cifras. La mención de una de tales signaturas indica que se hace referencia a un documento de las Naciones Unidas.

La numeración de las notas de pie de página se ajusta a la empleada en los documentos originales en los que se basa el presente *Anuario*. Las notas de pie de página añadidas posteriormente se indican mediante letras minúsculas.

Las modificaciones y adiciones a los textos publicados en anteriores proyectos de convenciones, leyes modelo y otros textos jurídicos figuran en bastardilla, salvo en el caso de los encabezamientos de artículos, que figuran en bastardilla por razones de presentación.

A/CN.9/SER.A/2006

© Naciones Unidas, noviembre de 2012. Reservados todos los derechos.

Producción de la publicación: Sección de Servicios en Inglés, Publicaciones y Biblioteca, Oficina de las Naciones Unidas en Viena.

ÍNDICE

Página

INTRODUCCIÓN xi

Primera parte. Informe de la Comisión sobre su período de sesiones anual; observaciones y decisiones relativas al informe

TRIGÉSIMO NOVENO PERÍODO DE SESIONES (2006) 3

A. Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 39º período de sesiones (Nueva York, 19 de junio a 7 de julio de 2006) (A/61/17) 3

B. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD): pasajes del informe de la Junta de Comercio y Desarrollo (53º período de sesiones) (TD/B/53/8 (vol. I)) 68

C. Asamblea General: Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 39º período de sesiones: Informe de la Sexta Comisión (A/61/453) 69

D. Resoluciones 61/32 y 61/33 de la Asamblea General, de 4 de diciembre de 2006 71

Segunda parte. Estudios e informes sobre temas concretos

I. GARANTÍAS REALES 81

A. Informe del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) sobre la labor de su octavo período de sesiones (Viena, 5 a 9 de septiembre de 2005) (A/CN.9/588) 81

B. Nota de la Secretaría sobre garantías reales: recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, presentada al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su octavo período de sesiones (A/CN.9/WG.VI/WP.21 y Add.1 a Add.5) 109

C. Nota de la Secretaría sobre el proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, presentada al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su octavo período de sesiones (A/CN.9/WG.VI/WP.22 y Add.1) 173

D. Informe del Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales acerca de la labor de su noveno período de sesiones (Nueva York, 30 de enero a 3 de febrero de 2006) (A/CN.9/593) 197

E. Nota de la Secretaría sobre garantías reales: recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, presentada al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su noveno período de sesiones (A/CN.9/WG.VI/WP.24 y Add.1 a Add.5) 219

F. Informe del Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales acerca de la labor de su décimo período de sesiones (Nueva York, 1 a 5 de mayo de 2006) (A/CN.9/603) 287

G. Nota de la Secretaría sobre garantías reales: proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, presentada al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su décimo período de sesiones (A/CN.9/WG.VI/WP.26 y Add.1 a Add.8) 311

H. Nota de la Secretaría sobre el proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, presentada al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su décimo período de sesiones (A/CN.9/WG.VI/WP.27 y Add.1 a Add.2) 402

I. Nota de la Secretaría sobre garantías reales: proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas: garantías reales sobre créditos por cobrar (A/CN.9/611 y Add.1 a Add.3) 447

II. ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL 493

A. Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación acerca de la labor realizada en su 43º período de sesiones (Viena, 3 a 7 de octubre de 2005) (A/CN.9/589) 493

B. Nota de la Secretaría sobre solución de controversias comerciales: preparación de una disposición legal modelo sobre el requisito de la forma escrita para el acuerdo de arbitraje, presentada al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación en su 43º período de sesiones (A/CN.9/WG.II/WP.136). 522

C. Solución de controversias comerciales: preparación de disposiciones uniformes sobre el requisito de la forma escrita para los acuerdos de arbitraje, propuesta de la delegación de México, presentada al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación en su 43º período de sesiones (A/CN.9/WG.II/WP.137 y Add.1) 527

D. Nota de la Secretaría sobre solución de controversias comerciales: medidas cautelares, presentada al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación en su 43º período de sesiones (A/CN.9/WG.II/WP.138). 531

E. Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación acerca de la labor de su 44º período de sesiones (Nueva York, 23 a 27 de enero de 2006) (A/CN.9/592) . . . 551

F. Nota de la Secretaría sobre solución de controversias comerciales: preparación de disposiciones uniformes sobre la forma escrita para los acuerdos de arbitraje, presentada al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación en su 44º período de sesiones (A/CN.9/WG.II/WP.139). 582

G. Nota de la Secretaría sobre solución de controversias comerciales: medidas cautelares, presentada al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación en su 44º período de sesiones (A/CN.9/WG.II/WP.141) 605

H. Nota de la Secretaría sobre solución de controversias comerciales: medidas cautelares (A/CN.9/605) 614

I. Nota de la Secretaría sobre solución de controversias comerciales: acuerdo sobre la forma del arbitraje (A/CN.9/606). 626

J. Nota de la Secretaría sobre solución de controversias comerciales: proyecto de declaración sobre la interpretación del párrafo 2 del artículo II y del párrafo 1 del artículo VII de la Convención de Nueva York (A/CN.9/607) 635

K. Nota de la Secretaría sobre el proyecto de disposiciones legales relativas a las medidas cautelares y a la forma del acuerdo de arbitraje: observaciones recibidas de los Estados Miembros y de las organizaciones internacionales (A/CN.9/609 y Add.1 a Add.6) 642

L. Nota de la Secretaría sobre solución de controversias comerciales: posible labor futura en materia de solución de controversias comerciales (A/CN.9/610 y Add.1) . . . 665

III. CONTRATACIÓN PÚBLICA 679

A. Informe del Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) sobre la labor de su octavo período de sesiones (Viena, 7 a 11 de noviembre de 2005) (A/CN.9/590) 679

B. Nota de la Secretaría sobre posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios, presentada al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su octavo período de sesiones (A/CN.9/WG.I/WP.38 y Add.1) 705

C. Nota de la Secretaría sobre posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios, presentada al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su octavo período de sesiones (A/CN.9/WG.I/WP.39 y Add.1) 743

D. Nota de la Secretaría sobre posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: textos normativos propuestos en relación con el empleo de la subasta electrónica inversa y con las ofertas anormalmente bajas, presentada al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su octavo período de sesiones (A/CN.9/WG.I/WP.40 y Add.1) 776

E. Informe del Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) sobre la labor de su noveno período de sesiones (Nueva York, 24 a 28 de abril de 2006) (A/CN.9/595) 808

F. Nota de la Secretaría sobre posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: textos normativos propuestos en relación con el empleo de comunicaciones electrónicas en la contratación pública, presentada al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su noveno período de sesiones (A/CN.9/WG.I/WP.42 y Add.1) 833

G. Nota de la Secretaría sobre posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: textos normativos propuestos en relación con el empleo de la subasta electrónica inversa en la contratación pública y con las ofertas anormalmente bajas, presentada al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su noveno período de sesiones (A/CN.9/WG.I/WP.43 y Add.1) 874

H. Nota de la Secretaría sobre posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: empleo de acuerdos marco en la contratación pública, presentada al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su noveno período de sesiones (A/CN.9/WG.I/WP.44 y Add.1) 902

I. Nota de la Secretaría sobre posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: cuestiones que plantea la utilización de listas de proveedores, presentada al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su noveno período de sesiones (A/CN.9/WG.I/WP.45 y Add.1) 941

IV. DERECHO DEL TRANSPORTE. 977

A. Informe del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) sobre la labor de su 16º período de sesiones (A/CN.9/591 y Corr.1) 977

B. Derecho de transporte: preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] [de mercancías] vía judicial y arbitraje: información presentada por la delegación de Dinamarca durante su 15º período de sesiones (A/CN.9/WG.III/WP.49). 1044

C. Derecho de transporte: preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: derecho de control: información presentada por la delegación de Noruega (A/CN.9/WG.III/WP.50 y Rev.1) 1058

D. Derecho de transporte: preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: ámbito de aplicación y autonomía contractual de las partes: información presentada por la delegación de Finlandia en el 15º período de sesiones (A/CN.9/WG.III/WP.51) 1063

E. Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: transferencia de derechos: información presentada por la delegación de Suiza, presentado al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 16º período de sesiones (A/CN.9/WG.III/WP.52) 1084

F. Nota de la Secretaría sobre la preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: diagrama para la comparación de los niveles de limitación de la responsabilidad del portador entre los países, presentada al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 16º período de sesiones (A/CN.9/WG.III/WP.53) 1090

G. Preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: propuesta de los Países Bajos sobre el arbitraje, presentado al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 16º período de sesiones (A/CN.9/WG.III/WP.54). 1103

H. Preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: obligaciones del cargador: información presentada por la delegación de Suecia al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 16º período de sesiones (A/CN.9/WG.III/WP.55) 1106

I. Nota de la Secretaría sobre derecho del transporte: proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías, presentada al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 16º período de sesiones (A/CN.9/WG.III/WP.56) 1117

J. Preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: entrega: información presentada por la delegación de los Países Bajos, presentado al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 16º período de sesiones (A/CN.9/WG.III/WP.57) 1286

K. Preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: propuesta de los Estados Unidos de América, presentada al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 16º período de sesiones (A/CN.9/WG.III/WP.58) 1301

L. Preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: observaciones del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, presentadas al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 16º período de sesiones (A/CN.9/WG.III/WP.59) 1305

M. Informe del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) sobre la labor de su 17º período de sesiones (Nueva York, 3 a 13 de abril de 2006) (A/CN.9/594) 1308

N. Preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: propuesta de Finlandia, presentada al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 17º período de sesiones (A/CN.9/WG.III/WP.61) 1373

O. Elaboración de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: títulos de transporte y documentos electrónicos de transporte: documento presentado a título de información por la delegación de los Estados Unidos de América al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 17º período de sesiones (A/CN.9/WG.III/WP.62) 1389

P. Preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: entrega al consignatario: propuesta de la delegación de Suiza, presentada al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 17º período de sesiones (A/CN.9/WG.III/WP.63) 1409

Q. Elaboración de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: observaciones del Consejo de Cargadores Marítimos de Europa presentadas al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 17º período de sesiones (A/CN.9/WG.III/WP.64) 1414

R. Preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: propuesta del Japón, presentada al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 17º período de sesiones (A/CN.9/WG.III/WP.65) 1429

S. Preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: contratos de volumen: documento presentado por el Comité Marítimo Internacional al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 17º período de sesiones (A/CN.9/WG.III/WP.66) 1434

T. Elaboración de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: obligaciones del cargador: propuesta de redacción presentada por la delegación de Suecia al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 17º período de sesiones (A/CN.9/WG.III/WP.67) 1442

U. Preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: propuesta de los Países Bajos presentada al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 17º período de sesiones (A/CN.9/WG.III/WP.68) 1456

V. Elaboración de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: obligaciones del cargador: propuesta de los Estados Unidos de América presentada al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 17º período de sesiones (A/CN.9/WG.III/WP.69) 1464

W. Preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: propuestas de la delegación de Italia presentadas al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 17º período de sesiones (A/CN.9/WG.III/WP.70) 1472

V. POSIBLE LABOR FUTURA 1477

A. Nota para la Secretaría sobre posible labor futura en materia de comercio electrónico (A/CN.9/604) 1477

B. Nota de la Secretaría sobre régimen de la insolvencia: posible labor futura (A/CN.9/596) 1497

C. Nota de la Secretaría sobre evolución del régimen de la insolvencia (A/CN.9/597) . . . 1507

D. Nota de la Secretaría sobre fraude comercial: labor en curso y posible labor futura (A/CN.9/600) 1515

VI. JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES SOBRE TEXTOS DE LA CNUDMI (CLOUT) 1523

VII. ASISTENCIA TÉCNICA PARA LA REFORMA DEL DERECHO 1525

Nota de la Secretaría sobre asistencia técnica (A/CN.9/599). 1525

VIII. SITUACIÓN Y PROMOCIÓN DE LOS TEXTOS JURÍDICOS DE LA CNUDMI 1541

Situación actual de las convenciones y leyes modelo (A/CN.9/601) 1541

IX: COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN 1543

Nota de la Secretaría sobre actividades que actualmente llevan a cabo las organizaciones internacionales para armonizar y unificar el derecho mercantil internacional (A/CN.9/598 y Add.1 y Add.2) 1543

Tercera parte. Anexos

I. ARTÍCULOS REVISADOS DE LA LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL 1597

II. RECOMENDACIÓN RELATIVA A LA INTERPRETACIÓN DEL PÁRRAFO 2) DEL ARTÍCULO II Y DEL PÁRRAFO 1) DEL ARTÍCULO VII DE LA CONVENCIÓN SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS HECHA EN NUEVA YORK DE 10 DE JUNIO DE 1958, ADOPTADA POR LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL EL 7 DE JULIO DE 2006 EN SU 39º PERÍODO DE SESIONES 1599

III. NOTAS EXPLICATIVAS ACERCA DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SORE LA UTILIZACIÓN DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES 1601

IV. BIBLIOGRAFÍA DE OBRAS RECIENTEMENTE PUBLICADAS RELATIVAS A LA LABOR DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (A/CN.9/602) 1603

V. LISTA DE DOCUMENTOS DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL 1631

VI. LISTA DE DOCUMENTOS DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL REPRODUCIDOS EN VOLÚMENES ANTERIORES DEL *ANUARIO* 1645

INTRODUCCIÓN

El presente es el 37º volumen de la serie de Anuarios de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)[1].

Este volumen consta de tres partes. La primera parte contiene el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 39º período de sesiones, celebrado en Nueva York del 19 de junio al 7 de julio de 2006, y las decisiones adoptadas sobre el mismo por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y la Asamblea General.

La segunda parte reproduce la mayoría de los documentos examinados por la Comisión en su 39º período de sesiones. Entre estos documentos figuran los informes de los Grupos de Trabajo de la Comisión, así como los estudios, informes y notas que les fueron presentados por el Secretario General y la Secretaría. En esta segunda parte figuran asimismo algunos de los documentos de trabajo que se prepararon para los Grupos de Trabajo.

La tercera parte contiene los artículos revisados de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional; la recomendación relativa a la interpretación del artículo II, párrafo 2, y del artículo VII, párrafo 1, de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 10 de junio de 1958), adoptada por la CNUDMI el 7 de julio de 2006 en su 39º período de sesiones; Notas explicativas de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales; una bibliografía de escritos recientes relativos a la labor de la Comisión; una lista de los documentos presentados al 39º período de sesiones de la Comisión y la lista de los documentos relativos a la labor de la Comisión que hayan sido reproducidos en los volúmenes anteriores del *Anuario*.

Secretaría de la CNUDMI
Centro Internacional de Viena
Apartado postal 500, A-1400 Viena (Austria)
Teléfono: (43-1) 26060-4060 Télex: 135612 Telefax: (43-1) 26060-5813
Correo electrónico: uncitral@uncitral.org Internet: www.uncitral.org

---

[1] Los volúmenes del *Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional* (denominado en adelante *Anuario* [año]) que se han publicado hasta la fecha son los siguientes:

Volumen	*Años*	*Publicación de las Naciones Unidas Núm. de venta*
I	1968-1970	S.71.V.1
II	1971	S.72.V.4
III	1972	S.73.V.6
III Suplemento	1972	S.73.V.9
IV	1973	S.74.V.3

V	1974	S.75.V.2
VI	1975	S.76.V.5
VII	1976	S.77.V.1
VIII	1977	S.78.V.7
IX	1978	S.80.V.8
X	1979	S.81.V.2
XI	1980	S.81.V.8
XII	1981	S.82.V.6
XIII	1982	S.84.V.5
XIV	1983	S.85.V.3
XV	1984	S.86.V.2
XVI	1985	S.87.V.4
XVII	1986	S.88.V.4
XVIII	1987	S.89.V.4
XIX	1988	S.89.V.8
XX	1989	S.90.V.9
XXI	1990	S.91.V.6
XXII	1991	S.93.V.2
XXIII	1992	S.94.V.7
XXIV	1993	S.94.V.16
XXV	1994	S.95.V.20
XXVI	1995	S.96.V.8
XXVII	1996	S.98.V.7
XXVIII	1997	S.99.V.6
XXIX	1998	S.99.V.12
XXX	1999	S.00.V.9
XXXI	2000	S.02.V.3
XXXII	2001	S.04.V.4
XXXIII	2002	S.05.V.13
XXXIV	2003	S.06.V.14
XXXV	2004	S.08.V.8

Primera parte

INFORME DE LA COMISIÓN SOBRE SU PERÍODO DE SESIONES ANUAL; OBSERVACIONES Y DECISIONES RELATIVAS AL INFORME

I. TRIGÉSIMO NOVENO PERÍODO DE SESIONES (2006)

A. Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 39º período de sesiones (Nueva York, 19 de junio a 7 de julio de 2006)

(A/61/17) [Original: inglés]

ÍNDICE

Capítulo		*Párrafos*
I.	Introducción	1-2
II.	Organización del período de sesiones	3-12
	A. Apertura del período de sesiones	3
	B. Composición y asistencia	4-8
	C. Elección de la Mesa	9
	D. Programa	10
	E. Establecimiento de dos comités plenarios	11
	F. Aprobación del informe	12
III.	Proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas	13-86
	A. Aprobación del contenido de las recomendaciones del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas	13-78
	B. Labor futura	79-86
IV.	Ultimación y aprobación de disposiciones legales sobre las medidas cautelares y la forma del acuerdo de arbitraje, y de una declaración sobre la interpretación de los artículos II 2) y VII 1) de la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras	87-187
	A. Organización de las deliberaciones	87
	B. Examen del proyecto de disposiciones legales sobre las medidas cautelares	88-145
	C. Examen del proyecto de disposiciones legales sobre la forma del acuerdo de arbitraje	146-176
	D. Examen del proyecto de declaración sobre la interpretación del párrafo 2) del artículo II y del párrafo 1) del artículo VII de la Convención de Nueva York	177-180
	E. Aprobación de disposiciones legales y recomendaciones	181
	F. Labor futura en materia de solución de controversias comerciales	182-187

V. Contratación pública: informe sobre los progresos realizados por el Grupo de Trabajo I 188-192

VI. Derecho del transporte: informe sobre la marcha de la labor del Grupo de Trabajo III 193-200

VII. Posible labor futura en materia de comercio electrónico 201-206

VIII. Posible labor futura en la esfera del régimen de la insolvencia 207-210

IX. Posible labor futura en materia de fraude comercial 211-217

X. Seguimiento de la aplicación de la Convención de Nueva York 218-220

XI. Asistencia técnica para la reforma legislativa 221-229

A. Actividades de asistencia técnica 221-223

B. Recursos para la asistencia técnica 224-228

C. Futuras actividades 229

XII. Situación y promoción de los textos jurídicos de la CNUDMI 230-231

XIII. Coordinación y cooperación 232-255

A. Generalidades 232-234

B. Coordinación y cooperación en materia de legislación sobre financiación garantizada 235-251

C. Informes de otras organizaciones internacionales 252-255

XIV. Congreso de 2007 256-258

XV. Resoluciones de la Asamblea General de interés para la CNUDMI 259-261

XVI. Otros asuntos 262-268

A. Concurso de Arbitraje Comercial Internacional Simulado Willem C. Vis 262-264

B. Acto especial con la ceremonia de firma de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales 265-266

C. Pasantías 267

D. Bibliografía 268

XVII. Lugar y fecha de futuras reuniones 269-274

A. Debate general sobre la duración de los períodos de sesiones 269-271

B. 40º período de sesiones de la Comisión 272

C. Períodos de sesiones de los grupos de trabajo que se celebrarán antes del 40º período de sesiones de la Comisión 273

D. Períodos de sesiones de los grupos de trabajo que se celebrarán en 2007, después del 40º período de sesiones de la Comisión 274

Anexos

I. Artículos revisados de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional . . . . . .

II. Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2) del artículo II y del párrafo 1) del artículo VII de la Convención de Nueva York, de 10 de junio de 1958, adoptada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 7 de julio de 2006 en su 39º período de sesiones . . . . . .

III. Lista de documentos presentados a la Comisión en su 39º período de sesiones . . . . . .

I. Introducción

1. El presente informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) abarca el 39º período de sesiones de la Comisión, celebrado en Nueva York del 19 de junio al 7 de julio de 2006.

2. De conformidad con la resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1966, el informe se somete a la consideración de la Asamblea y también a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo para que haga observaciones.

II. Organización del período de sesiones

A. Apertura del período de sesiones

3. La Comisión inició su 39º período de sesiones el 19 de junio de 2006.

B. Composición y asistencia

4. La Asamblea General, en su resolución 2205 (XXI), estableció la Comisión con 29 Estados, elegidos por la Asamblea. En su resolución 3108 (XXVIII), de 12 de diciembre de 1973, la Asamblea aumentó de 29 a 36 el número de miembros de la Comisión. En su resolución 57/20, de 19 de noviembre de 2002, la Asamblea aumentó de 36 a 60 el número de miembros de la Comisión. Los actuales miembros de la Comisión, elegidos el 16 de octubre de 2000 y el 17 de noviembre de 2003, son los Estados siguientes, cuyo mandato expira el último día antes del comienzo del período de sesiones anual de la Comisión del año que se indica[1]: Alemania (2007), Argelia (2010), Argentina (2007), Australia (2010), Austria (2010), Belarús (2010), Bélgica (2007), Benin (2007), Brasil (2007), Camerún (2007), Canadá (2007), Chile (2007), China (2007), Colombia (2010), Croacia (2007), Ecuador (2010), España (2010), Estados Unidos de América (2010), ex República Yugoslava de Macedonia (2007), Federación de Rusia (2007), Fiji (2010), Francia (2007), Gabón (2010), Guatemala (2010), India (2010), Irán (República Islámica del) (2010), Israel (2010), Italia (2010), Japón (2007), Jordania (2007), Kenya (2010), Líbano (2010), Lituania (2007), Madagascar (2010), Marruecos (2007), México (2007), Mongolia (2010), Nigeria (2010), Pakistán (2010), Paraguay (2010), Polonia (2010), Qatar (2007), Reino Unido de Gran Bretaña

[1] De conformidad con la resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General, los miembros de la Comisión se eligen para un período de seis años. De los actuales miembros, 17 fueron elegidos por la Asamblea General en su quincuagésimo quinto período de sesiones, el 16 de octubre de 2000 (decisión 55/308), y 43 fueron elegidos por la Asamblea en su quincuagésimo octavo período de sesiones, el 17 de noviembre de 2003 (decisión 58/407). En su resolución 31/99, la Asamblea modificó las fechas de inicio y terminación del mandato de sus miembros al decidir que los miembros asumirían sus funciones al comienzo del primer día del período ordinario anual de sesiones de la Comisión que se celebrara después de su elección y que sus mandatos expirarían el último día anterior a la apertura del séptimo período ordinario anual de sesiones de la Comisión que se celebrara después de su elección.

e Irlanda del Norte (2007), República Checa (2010), República de Corea (2007), Rwanda (2007), Serbia (2010), Sierra Leona (2007), Singapur (2007), Sudáfrica (2007), Sri Lanka (2007), Suecia (2007), Suiza (2010), Tailandia (2010), Túnez (2007), Turquía (2007), Uganda (2010), Uruguay (2007), Venezuela (República Bolivariana de) (2010) y Zimbabwe (2010).

5. Con excepción del Ecuador, la ex República Yugoslava de Macedonia, Fiji, Israel, Jordania, el Líbano, Mongolia, Rwanda, Túnez, Uruguay y Zimbabwe, todos los miembros de la Comisión estuvieron representados en el período de sesiones.

6. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Angola, Bangladesh, Bolivia, Bulgaria, Cabo Verde, Côte d'Ivoire, Cuba, Egipto, El Salvador, Eslovenia, Filipinas, Finlandia, Guinea, Kuwait, Letonia, Lesotho, Nueva Zelandia, Panamá, República Árabe Siria, Santa Sede, Rumania, Senegal, Tonga, Ucrania y Viet Nam.

7. Asistieron también al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales:

a) *Sistema de las Naciones Unidas*: Banco Mundial y Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa;

b) *Organizaciones intergubernamentales*: Banco de Estados Centroafricanos, Comité Consultivo Internacional del Algodón, Comunidad Europea, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado y Organización Consultiva Jurídica Asiático-Africana;

c) *Organizaciones no gubernamentales invitadas por la Comisión*: American Bar Association, Asociación de Arbitraje de los Estados Unidos, Asociación Europea de Estudiantes de Derecho, Asociación Internacional de Abogados, Association of the Bar of the City of New York, Association Suisse de l'Arbitrage, Cámara de Comercio Internacional, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política, Centro Regional de Lagos de Arbitraje Comercial Internacional, Commercial Finance Association, Confederación Internacional de Mujeres Especializadas en Insolvencia y Reestructuración, Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial, Corte de Arbitraje Internacional de Londres, Federación Latinoamericana de Bancos, International Insolvency Institute, INSOL International, Moot Alumni Association, School of International Arbitration, Regional Center for Arbitration Kuala Lumpur y Unión Internacional de Abogados.

8. La Comisión acogió con beneplácito la participación de organizaciones no gubernamentales con conocimientos especializados sobre los principales temas del programa. Su participación era decisiva para la calidad de los textos que formulaba la Comisión, por lo que pidió a la Secretaría que siguiera invitando a esas organizaciones a sus períodos de sesiones.

C. Elección de la Mesa

9. La Comisión eligió a los siguientes delegados para integrar la Mesa:

Presidente:	Stephen Karangizi (Uganda)
Vicepresidentes:	Álvaro Sandoval (Colombia) Wisit Wisitsora-At (Tailandia) Vesna Živkovic (Serbia)
Relator:	Alexander Markus (Suiza)

D. Programa

10. El programa del período de sesiones, que la Comisión aprobó en su 812ª sesión, celebrada el 19 de junio, fue el siguiente:

1. Apertura del período de sesiones.
2. Elección de la Mesa.
3. Aprobación del programa.
4. Aprobación preliminar de un proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas.
5. Ultimación y aprobación de disposiciones legales sobre las medidas cautelares y la forma del acuerdo de arbitraje, y de una declaración sobre la interpretación de los artículos II 2) y VII 1) de la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.
6. Contratación pública: informe sobre la marcha de la labor del Grupo de Trabajo I.
7. Derecho del transporte: informe sobre la marcha de la labor del Grupo de Trabajo III.
8. Posible labor futura en la esfera del comercio electrónico.
9. Posible labor futura en la esfera del régimen de la insolvencia.
10. Posible labor futura en la esfera del fraude comercial.
11. Seguimiento de la puesta en práctica de la Convención de Nueva York de 1958.
12. Asistencia técnica para la reforma legislativa.
13. Situación y promoción de los textos jurídicos de la CNUDMI.
14. Coordinación y cooperación:
    a) Generalidades;
    b) Informes de otras organizaciones internacionales.

15. Congreso de 2007.

16. Concurso de Arbitraje Comercial Internacional Simulado Willem C. Vis.

17. Resoluciones de la Asamblea General de interés para la CNUDMI.

18. Otros asuntos.

19. Lugar y fecha de futuras reuniones.

20. Aprobación del informe de la Comisión.

E. Establecimiento de dos comités plenarios

11. La Comisión estableció dos comités plenarios (Comité I y Comité II) y les remitió el examen de los temas 4 y 5 del programa, respectivamente. La Comisión eligió Presidenta del Comité I a la Sra. Kathryn Sabo (Canadá) y Presidente del Comité II al Sr. José María Abascal Zamora (México). El Comité I se reunió del 19 al 26 de junio y celebró 11 sesiones. El Comité II se reunió del 26 al 28 y el 30 de junio y celebró siete sesiones.

F. Aprobación del informe

12. En sus sesiones 821ª (23 de junio de 2006), 822ª (26 de junio de 2006), 828ª (30 de junio de 2006) y 834ª (7 de julio de 2006), la Comisión aprobó por consenso el presente informe.

III. Proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas

A. Aprobación del contenido de las recomendaciones del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas

13. La Comisión expresó su satisfacción por los progresos logrados por el Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) en la elaboración de una guía legislativa sobre las operaciones garantizadas (en adelante, "el proyecto de guía"). Con miras a aprobar en principio el contenido de las recomendaciones del proyecto de guía, la Comisión examinó las recomendaciones recogidas en los documentos A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.3, A/CN.9/WG.VI/WP.24 y Add.5, A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4 a Add.8, y A/CN.9/611 y Adiciones 1 y 2.

1. Objetivos clave (A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7)

14. La Comisión aprobó el contenido de los objetivos clave.

2. Ámbito de aplicación (A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7)

15. Se expresó un amplio apoyo a la recomendación 2 (partes, garantías reales, obligaciones garantizadas y bienes abarcados). Con respecto a la recomendación 3, se expresó la opinión de que tal vez no sea necesaria, ya que en ella se

enuncian meramente ejemplos que en cualquier caso quedarían abarcados por la recomendación 2. No obstante, se opinó que la lista no exhaustiva que figuraba en la recomendación 3 era útil para dar orientación a los Estados con respecto a un número de cuestiones importantes, tales como, por ejemplo, si la misma ley debería regir las garantías reales con desplazamiento y las garantías reales sin desplazamiento. En cuanto al apartado g) de la recomendación 3, la Comisión tomó nota con reconocimiento del análisis que figuraba en la nota en relación con la idoneidad de una exclusión limitada y no absoluta de las garantías reales sobre valores, bienes inmuebles, aeronaves, buques y los bienes incorporados a ellos, y convino en dejar la cuestión en manos del Grupo de Trabajo VI. En cuanto al apartado h) de la recomendación 3, se aceptó en general la idea de que se hiciera alguna referencia a la labor futura en materia de garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual, de conformidad con la decisión de la Comisión (véanse los párrafos 81 a 84 y 86 *infra*).

16. Con respecto a la recomendación 4, se señaló que habría que mantener la parte introductoria sin corchetes y que el contenido de los apartados a) (valores) y b) (bienes inmuebles) dependería de si el Grupo de Trabajo VI decidiera adoptar una exclusión limitada y no absoluta con respecto a las garantías reales sobre valores y bienes inmuebles (véase el párrafo 15 *supra*). En particular, con respecto a los valores directamente en manos de los interesados, se expresó la esperanza de que el Grupo de Trabajo VI no los excluyera, dado que las garantías reales sobre valores directamente en manos de los interesados formaban parte de operaciones de financiación importantes y no se trataban en la labor de otras organizaciones. En cuanto a los apartados c) (sueldos y salarios) y d) (bienes necesarios para la subsistencia de una persona), predominó la opinión de que deberían volverse a formular en términos más amplios haciendo referencia al derecho que no fuera el régimen de las operaciones garantizadas.

17. Tras debatir, la Comisión aprobó el contenido de las recomendaciones sobre el ámbito de aplicación.

3. Enfoques básicos de las garantías (A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7)

18. La Comisión aprobó el contenido de las recomendaciones sobre los enfoques básicos de las garantías que consagraban los enfoques general y funcional que deberían seguirse en un régimen moderno de las operaciones garantizadas.

4. Constitución de la garantía real (eficacia entre las partes) (A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7, A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, A/CN.9/611 y Add.1)

19. Con respecto al apartado d) de la recomendación 16 (constitución de una garantía real sobre un derecho que respalde un crédito cedido, un título negociable o cualquier otra obligación), se sostuvo que debería utilizarse terminología neutral que se adecuara a los diversos ordenamientos jurídicos (véase A/CN.9/603, párr. 23).

20. En cuanto a las recomendaciones 33 y 34 (momento de la constitución), predominó la opinión de que deberían revisarse a fin de disponer que las partes pudieran convenir en aplazar el momento de constitución de una garantía real hasta después de la celebración del acuerdo de garantía o de la desposesión, pero no en

que la constitución pudiera producirse anteriormente. También se opinó en general que convendría revisar esas recomendaciones para ajustar su contenido al de la recomendación 7 (constitución de una garantía real mediante acuerdo).

21. Tras debatir, la Comisión aprobó el contenido de las recomendaciones sobre la constitución de la garantía real.

5. Eficacia de la garantía real frente a terceros e inscripción registral (A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.5, A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4 y A/CN.9/611 y Add.1)

22. Predominó la opinión de que la recomendación 34 *bis* (significado de la eficacia frente a terceros) era de utilidad particularmente para los Estados que no estuvieran familiarizados con la distinción entre constitución y eficacia frente a terceros de una garantía real.

23. Si bien una delegación expresó reservas con respecto a la recomendación 35 relativa a la inscripción registral como método general para lograr la eficacia frente a terceros de una garantía real, predominó la opinión de que la inscripción registral era esencial para asegurar la transparencia con respecto a las garantías reales.

24. En respuesta a una pregunta, se señaló que la desposesión del otorgante era un método para lograr la eficacia frente a terceros únicamente cuando la garantía real se hubiera constituido efectivamente; esta cuestión ya se trataba en la recomendación 7 (constitución de una garantía real mediante acuerdo) y en la definición de la desposesión (véase A/CN.9/WG.VI/WP.27/Add.1, párr. 21 pp)).

25. En la Comisión se registró un amplio apoyo en favor de la supresión de la recomendación 39 *bis* (eficacia frente a terceros de una garantía real sin fines de adquisición sobre bienes de consumo de bajo valor) por estimarse que no existían prácticas de financiación con garantías reales sobre bienes de consumo de bajo valor. La Comisión remitió la cuestión al Grupo de Trabajo VI.

26. Con respecto a las recomendaciones 41 y 41 *bis* (eficacia frente a terceros de garantías reales sobre el producto), se opinó en general que las dos variantes deberían remitirse al Grupo de Trabajo VI con miras a que intentara, en la medida de lo posible, llegar a un acuerdo sobre una de ellas.

27. Con respecto a la recomendación 47 *bis* (funciones de la inscripción registral en el registro general de garantías reales), se expresó la reserva de que los párrafos a) y b) trataban esencialmente la misma cuestión. No obstante, se opinó en general que deberían retenerse como apartados separados, ya que el apartado a) regulaba la inscripción registral como método para lograr la eficacia frente a terceros, mientras que el apartado b) trataba de la prelación como consecuencia jurídica de la inscripción registral.

28. En cuanto a la recomendación 47 *quater* (principios de elaboración) se expresó la reserva de que un sistema de inscripción registral como el descrito en la recomendación no era posible. Sin embargo, predominó la opinión de que esos sistemas de inscripción eficientes ya funcionaban bien no solo en países desarrollados sino también en países en desarrollo y en países con economías en transición. También se estimó en general que la utilización del registro no debería entrañar un gran gasto para quienes se inscribieran ni para quienes lo consultaran,

al tiempo que se afirmó que los gastos de establecimiento de un sistema registral podrían irse recuperando durante un período razonablemente largo.

29. Con respecto al párrafo c) de la recomendación 48 (inscripción y consultas en el registro rápidas, eficaces en relación con los costos y eficientes), se expresó la preocupación de que el libre acceso al registro pudiera dar lugar a una violación de la vida privada y a la utilización no autorizada de información. A fin de paliar ese problema, se sugirió que se introdujera un proceso de selección en el que se requiriera a las personas que consultaran el registro que especificaran o justificaran las razones para su consulta.

30. Sin embargo, predominó la opinión de que ese proceso de selección no era necesario y de que, al tiempo que no podría impedir eficazmente la utilización no autorizada del registro, existía el riesgo de que provocara costos adicionales y demoras, resultado que contrarrestaría todo beneficio. Se sostuvo que el libre acceso al registro era la consecuencia lógica de la eficacia frente a terceros y que la prelación basada en la inscripción registral de una garantía real no podría entrañar consecuencias jurídicas contra las partes que no tuvieran acceso al registro. Además, se opinó que, a juzgar por la experiencia observada en los registros nacionales, el libre acceso no implicaba necesariamente una violación de la vida privada ni abusos de la información obtenida. Además, se señaló que la verificación de la identidad de la persona que solicita consultar el registro en el momento del pago de los derechos de consulta era un factor suficientemente disuasorio para toda utilización no autorizada. Y como argumento más importante se destacó que el hecho de que un archivo contendría únicamente una cantidad limitada de datos reducía al mínimo el riesgo de que se violara la vida privada o de que se cometieran abusos, los cuales se regirían, en cualquier caso, por otras reglas de derecho.

31. Con respecto a la recomendación 48 *bis* (garantías e integridad del registro), se formularon varias sugerencias. En relación con el párrafo c), se sugirió que se incluyera en su texto una opción en virtud de la cual los Estados pudieran permitir la emisión (inclusive por medios electrónicos) por parte del encargado del registro de una copia certificada de la notificación. En cuanto al párrafo e), se sugirió que en el comentario se aclarara la distribución de responsabilidad entre una autoridad gubernamental de supervisión y una entidad privada que administrara el registro. En lo que respecta al párrafo f), se sugirió que se formulara de nuevo de modo que la disposición se centrara en la necesidad de que la información inscrita en el registro pudiera reconstituirse y no en el modo en que ello podría lograrse.

32. En respuesta a una pregunta relativa a la recomendación 48 *ter* (responsabilidad por pérdida o daños) sobre los recursos de que dispondrían las partes que inscribieran o consultaran datos en caso de pérdida o de daños causados por un error en la administración o el funcionamiento del sistema de inscripción y consulta, se aclaró que el proyecto de guía dejaba en manos de los Estados la cuestión de la asignación de la responsabilidad basada en otras normativas legales.

33. Con respecto a la recomendación 49 (contenido requerido de la notificación), se expresó el temor de que la revelación del nombre del acreedor garantizado, especialmente cuando este fuera un proveedor de bienes bajo crédito, pudiera hacer posible que los competidores averiguaran la lista de los proveedores de un determinado otorgante. Se señaló asimismo el riesgo de que la exigencia de

especificar en la notificación el importe máximo por el que una garantía real pudiera ejecutarse pudiera limitar la suma del crédito disponible.

34. En relación con las recomendaciones 50 y 51 (suficiencia de la indicación del nombre del otorgante en una notificación), se sugirió que, cuando se tratara de empresas, se hiciera referencia al nombre de la empresa en el registro de sociedades mercantiles. Se sugirió además que se hiciera también referencia a las personas físicas que estuvieran autorizadas a representar a la empresa. Sobre la eventual necesidad de requerir otos factores de identificación, predominó la opinión de que estos datos no serían necesarios en lo referente a las empresas, cuyo nombre debería ser único y singular para ser aceptado por el registro de sociedades mercantiles, pero que sería útil que se especificaran las personas físicas que llevaran el mismo nombre.

35. Tras debatir, la Comisión aprobó el contenido de las recomendaciones sobre la eficacia de la garantía real frente a terceros y la inscripción registral.

6. Prelación de una garantía real sobre los derechos de demandantes concurrentes (A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.6, A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4 y A/CN.9/611/Add.1)

36. Con respecto a la recomendación 62 *ter* (prelación de las garantías reales sobre bienes futuros), una mayoría de las delegaciones estimó que debería especificarse con mayor claridad que la regla enunciada en la recomendación 64 (prelación entre garantías reales sobre los mismos bienes gravados) era aplicable también a las garantías reales sobre bienes futuros.

37. En respuesta a una pregunta formulada acerca de los párrafos b) y c) de la recomendación 69 (derechos de los compradores, arrendatarios y licenciatarios de bienes gravados), se aclaró que los arrendatarios y licenciatarios adquirían sus derechos en virtud del acuerdo de arrendamiento o de concesión de licencia, respectivamente, libres del gravamen de la garantía real. Predominó la opinión de que en la recomendación o en el comentario debería aclararse que la garantía real no dejaba de existir, pero que el derecho del acreedor garantizado a ejecutar su garantía solo quedaba limitado por el derecho del arrendador o de quien conceda la licencia.

38. Con respecto a las recomendaciones 78 (prelación de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria) y 79 (prelación de los derechos sobre dinero), se estimó en general que en el comentario debería aclararse el significado de la expresión “transferencia de fondos”. Se sostuvo que el concepto de “transferencia de fondos” tenía la finalidad de abarcar diversos tipos de transferencias, como las hechas por cheque o telegráficamente.

39. En cuanto a las recomendaciones 82 y 83 (prelación de una garantía real o de otros derechos sobre bienes incorporados a bienes inmuebles), se estimó que una posible variante podría consistir en requerir que la inscripción de los bienes incorporados a bienes inmuebles solo se efectuara en el registro general de garantías reales y que ese registro enviara una nota al registro de la propiedad inmobiliaria. Se respondió que ese enfoque era muy similar al recomendado en las recomendaciones 82 y 83; se dijo que la diferencia principal radicaba en que, conforme a la variante propuesta, las garantías reales sobre bienes incorporados a bienes inmuebles solo se inscribirían en el registro general de garantías reales, mientras que, en virtud de las recomendaciones 82 y 83, la inscripción podría

efectuarse en cualquiera de los registros. A este respecto, se señaló que el enfoque concreto que adoptara cada Estado dependería de la estructura de sus sistemas de registro.

40. Tras debatir, la Comisión aprobó el contenido de las recomendaciones referentes a la prelación de la garantía real sobre los derechos de demandantes concurrentes.

7. Derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento (A/CN.9/611 y Add.2)

41. Tras debatir, la Comisión aprobó el contenido de las recomendaciones sobre los derechos y las obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento.

8. Derechos y obligaciones de los terceros que sean partes obligadas (A/CN.9/611 y Add.1)

42. En respuesta a una pregunta formulada sobre el apartado b) de la recomendación W (derechos y obligaciones del banco depositario), se sostuvo que el banco depositario no tenía ninguna obligación de atender las solicitudes de información formuladas por terceros, aun cuando su cliente (el otorgante de una garantía real) hubiera consentido en que se revelara esa información. Sin embargo, se observó que ese resultado podía lograrse mediante un acuerdo entre el otorgante y el banco depositario.

43. Tras debatir, la Comisión aprobó el contenido de las recomendaciones sobre los derechos y las obligaciones de terceros que sean partes obligadas.

9. Incumplimiento y vía ejecutoria (A/CN.9/611 y Add.1 y 2)

44. En respuesta a una pregunta formulada sobre la recomendación 89 (normas generales de conducta), referente a la diferencia entre los principios de "buena fe" y de "razonabilidad comercial", se manifestó que la "buena fe" era una norma subjetiva, mientras que la razonabilidad comercial era una norma objetiva.

45. Con respecto a la recomendación 101 (derecho del acreedor garantizado a la posesión de un bien gravado), predominó la opinión de que convendría revisar la recomendación para que en ella se pusiera claramente de manifiesto que el acreedor garantizado podía tomar posesión de los bienes gravados fuera del tribunal con el consentimiento previo dado por el otorgante en el acuerdo de garantía. Se estimó que esa recomendación era necesaria, ya que en muchos Estados no se permitía al acreedor garantizado tomar posesión de los bienes gravados sin antes recurrir a un tribunal o a otra autoridad.

46. A ese respecto, se afirmó que, si bien en teoría no se requeriría otro consentimiento, si, en el momento en que el acreedor garantizado tratara de tomar posesión de los bienes gravados, el otorgante formulara una objeción, el acreedor garantizado habría de remitir la cuestión a un tribunal o a otra autoridad a consecuencia de las limitaciones enunciadas en las recomendaciones 89 (normas generales de conducta), 100 (recursos con respecto a la ejecución extrajudicial) y 101 (derecho del acreedor garantizado a la posesión de un

bien gravado), y en particular la referencia en la recomendación 101 al uso o a la amenaza de la fuerza o de cualquier otro acto ilegal.

47. Se sugirió que, en ausencia de un consentimiento previo explícito, bastaría con un consentimiento implícito subsiguiente o la aquiescencia, siempre y cuando el acreedor garantizado notificara al otorgante su intención de buscar la recuperación de la posesión por medios extrajudiciales con detalles sobre el momento en que se haría y las modalidades. Esta sugerencia fue remitida al Grupo de Trabajo VI.

48. Con respecto a la recomendación 106 (ejecución de una garantía real sobre el producto de una promesa independiente), se sugirió que se suprimiera la primera frase.

49. En relación con las recomendaciones 110 y 110 *bis* (enajenación extrajudicial de bienes gravados), se sugirió que se reformularan para que dispusieran la necesidad de una autorización judicial para la enajenación extrajudicial de bienes gravados, al menos con el objetivo de determinar el incumplimiento y habida cuenta de la imparcialidad de los tribunales y de la necesidad de evitar abusos por parte de los acreedores garantizados.

50. Se formuló una objeción sobre esta sugerencia. Se argumentó que las recomendaciones 110 y 110 *bis* reflejaban apropiadamente el principio de que el acreedor garantizado podía enajenar extrajudicialmente los bienes gravados si el otorgante, una vez notificado (recomendación 111), no procediera al pago (recomendación 99) ni se opusiera a la enajenación extrajudicial de los bienes gravados (recomendación 100). Además, se señaló que, según se observaba en la práctica, el incumplimiento era una cuestión de hecho que resultaba fácil de determinar sobre la base de documentos. Además, se sostuvo que de lo que realmente se trataba no era de si un bien gravado sería enajenado judicial o extrajudicialmente sino de si una parte tenía un derecho sobre el bien y solicitaba una enajenación judicial. A este respecto, se afirmó que todas las partes estaban interesadas en que se maximizara el valor de liquidación de los bienes gravados a fin de satisfacer la obligación garantizada y de reducir al mínimo el importe de la deuda pendiente. En lo que respecta a la preocupación por eventuales abusos por parte del acreedor garantizado, se observó que esos supuestos podían regularse más eficazmente mediante otra normativa legal.

51. Con respecto a la recomendación 111 (notificación anticipada de la enajenación extrajudicial de bienes gravados), se sugirió que la notificación fuera optativa, ya que de otro modo se impondría al acreedor garantizado una carga excesiva. Esta sugerencia fue objeto de críticas. En general, se estimó que la notificación de la intención de proceder a la enajenación extrajudicial era una importante salvaguardia para proteger al otorgante de toda práctica abusiva por parte del acreedor garantizado. Además, se opinó que la recomendación compaginaba apropiadamente la necesidad de eficiencia con la necesidad de proteger al otorgante y a los terceros. A este respecto se observó que el apartado e) de la recomendación 111 preveía supuestos en que no era necesario dar la notificación y la recomendación 112 disponía que la notificación debía darse de forma eficaz, oportuna y fiable.

52. Con respecto al apartado c) de la recomendación 111, se convino en que el Grupo de Trabajo aclarara y simplificara las palabras que figuraban entre paréntesis, relativas a la notificación al otorgante de la enajenación extrajudicial.

53. En lo referente a la recomendación 112, se planteó la cuestión de cuándo se tendría por recibida la notificación dada al otorgante o a otras partes. Se respondió que, si bien la recomendación 112 daba alguna orientación, la cuestión del momento y del lugar de recepción de una notificación se regulaba por otras reglas de derecho. A ese respecto, la Comisión tomó nota de que el artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (2005)[2] (en adelante, "la Convención sobre los Contratos Electrónicos) daba orientación en lo que se refiere al momento y el lugar de envío y recepción de comunicaciones electrónicas.

54. Con respecto a las recomendaciones 113 a 115 (aceptación de los bienes gravados como forma de pago de la obligación garantizada), se convino en que estas recomendaciones fueran revisadas para que en su texto se aclarase que el otorgante podía también proponer la entrega del bien gravado al acreedor garantizado como forma de pago de la obligación garantizada, siempre y cuando se protegieran los intereses de los terceros. A este respecto se argumentó que la entrega del bien a modo de pago de la obligación garantizada era como cualquier otra forma de pago y que, por consiguiente, no afectaría a los derechos de los terceros.

55. Se sugirió asimismo que los bienes gravados fueran evaluados por un perito independiente antes de su aceptación por el acreedor garantizado como pago de la obligación garantizada, a fin de que se redujeran al mínimo las objeciones que solían plantearse en el ejercicio de este recurso. Sin embargo, predominó la opinión de que algunos bienes eran de tal naturaleza que no podían valorarse con exactitud por un perito y que habría que dejar que el propio mercado fijara el valor del bien gravado cuando se ofreciera para la venta.

56. Con respecto a la recomendación 120 (derecho del acreedor garantizado con mayor grado de prelación a hacerse cargo de la ejecución), la Comisión tomó nota de la sugerencia de que un acreedor garantizado con mayor grado de prelación debería tener derecho a pagar a un acreedor garantizado con menor grado de prelación y a obtener así la liberación del bien respecto de esa garantía real con grado inferior de prelación. La Comisión remitió esa sugerencia al Grupo de Trabajo VI.

57. Tras debatir, la Comisión aprobó el contenido de las recomendaciones relativas al incumplimiento y a la vía ejecutoria.

10. Insolvencia (A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.3)

58. La Comisión tomó nota del capítulo relativo a la insolvencia que figura en las recomendaciones extraídas de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia[3] (en adelante, "la Guía sobre la Insolvencia"), así como de un pequeño número de recomendaciones suplementarias que se centraban en cuestiones específicas relativas a la regulación de las garantías reales en caso de insolvencia.

---

[2] Resolución 60/21 de la Asamblea General, anexo.

[3] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.05.V.10.

La Comisión expresó su reconocimiento a los expertos que colaboraron con el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) y con el Grupo de Trabajo VI por su contribución a lo que en general se evaluó como una regulación global y equilibrada de las garantías reales en los procedimientos de insolvencia. Con respecto a las recomendaciones suplementarias, se opinó en general que abordaban cuestiones importantes de forma exhaustiva y clara que se ajustaba a la Guía sobre la Insolvencia.

59. Con respecto a la recomendación B (enfoque no unitario de los mecanismos de financiación de compras), se afirmó que los textos comprendidos en los dos pares de corchetes deberían presentarse de una manera que dejara claro que eran variantes.

60. Con respecto a la recomendación E (eficacia de las garantías reales en la insolvencia) y a la recomendación 46, párrafos b) y c), en respuesta a una pregunta, se señaló que un acreedor garantizado podía adoptar medidas para dar eficacia frente a terceros a su garantía real después de la apertura del procedimiento de insolvencia si el régimen de las operaciones garantizadas permitía que esos derechos se hicieran eficaces frente a terceros en plazos determinados. Se estimó también que la Guía sobre la Insolvencia abordaba las situaciones en que un acreedor garantizado podía adoptar medidas para ejecutar su garantía real.

61. Con respecto a la recomendación G (cláusulas de extinción automática), se observó que esta recomendación debería aclarar que la apertura del proceso de insolvencia no invalidaba ni hacía inejecutable una cláusula contractual que eximiera a un acreedor de la obligación de conceder crédito.

62. Tras debatir, la Comisión aprobó el contenido de las recomendaciones sobre la insolvencia.

11. Mecanismos de financiación de adquisiciones (A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5)

63. Predominó la opinión de que la principal diferencia entre los enfoques recomendados en el capítulo relativo a la financiación de compras radicaba en que, en el enfoque unitario y en una de las dos versiones del enfoque no unitario de la ejecución, las garantías reales con fines de adquisición se trataban como funcionalmente equivalentes a las garantías reales sin fines de adquisición, mientras que, en la otra versión del enfoque no unitario de la ejecución, los mecanismos con retención de titularidad se tratarían como dispositivos de titularidad.

64. Con respecto a la recomendación 130 (prelación de las garantías reales sobre existencias con fines de adquisición) se expresó la reserva de que, al requerirse la inscripción antes de la entrega de los bienes al otorgante y la notificación de los financiadores de existencias registrados, la recomendación imponía una carga excesiva a los financiadores de compras.

65. Se respondió que la recomendación 130 se había redactado compaginando adecuadamente los intereses de las partes. Los intereses del financiador de las compras estaban protegidos en la medida en que podía obtener prelación sobre una garantía real sobre las existencias sin fines de adquisición previamente inscritas en el registro. Los intereses del financiador sin fines de adquisición estaban protegidos en la medida en que no tenía que consultar el registro antes de otorgar crédito basándose en las nuevas existencias como garantía, y podía confiar en la

notificación del financiador de adquisiciones. A este respecto, se señaló que la inscripción en el registro y la notificación no tenían que efectuarse antes de cada una de las entregas de existencias al otorgante. Una notificación inscrita podía abarcar varias operaciones entre las mismas partes durante un largo período y la inscripción podía ser muy rápida, en particular si se efectuaba a través de medios electrónicos de comunicación. Del mismo modo, se señaló que una notificación de financiadores sin fines de adquisición registrados podía abarcar varias operaciones realizadas durante un largo período (véase la recomendación 131).

66. Sin embargo, se observó que el problema antes indicado (véase el párrafo 64 *supra*) aún no quedaba resuelto, al menos en la medida en que la carga de la inscripción y de la notificación fuera impuesta a pequeños y medianos financiadores de adquisiciones, y no a financiadores sin fines de adquisición, que solían ser grandes instituciones de financiación. Se señaló también que esa carga impondría obstáculos al comercio. Además, se opinó que debería tomarse en consideración, al menos, la posibilidad de anular el requisito de que el financiador de existencias con fines de adquisición notificara a los financiadores de existencias registradas sin fines de adquisición. Se respondió que la ley debería tener en cuenta no solo los intereses de los proveedores de bienes mediante crédito, por oposición a otros proveedores de crédito, sino más bien los intereses de todas las partes interesadas, incluidos los compradores y, por lo tanto, de toda la economía. A este respecto se dijo que era crucial instituir un marco de un nivel que promoviera la competencia entre los diversos proveedores de crédito que pudiera repercutir beneficiosamente en la oferta general y en el costo del crédito financiero.

67. Además, se observó que la posibilidad de que los financiadores de adquisiciones de existencias notificaran a los financiadores de existencias sin fines de adquisición o de que el registro enviara tales notificaciones a los financiadores sin fines de adquisición era una cuestión de eficiencia que podría tratarse más a fondo. A este respecto, se señaló que ambos sistemas podían ser eficientes. Tras debatir, se opinó en general que, si bien la recomendación 131 estaba debidamente formulada, el Grupo de Trabajo VI podría examinar más detenidamente la cuestión de la notificación de los financiadores de existencias registrados sin fines de adquisición.

68. Con respecto a las recomendaciones 130 *bis* (prelación de las garantías reales con fines de adquisición sobre los derechos de los acreedores judiciales) y 130 *ter* (prelación de las garantías reales con fines de adquisición sobre los bienes incorporados a bienes inmuebles), la Comisión señaló que figuraban entre corchetes debido a que el Grupo de Trabajo VI aún no las había examinado. La Comisión las remitió al Grupo de Trabajo.

69. En cuanto a la recomendación 134 (ejecución), la Comisión tomó nota de que la diferencia entre las variantes enunciadas en la recomendación radicaba en que la segunda versión del enfoque no unitario tenía como consecuencia que las garantías reales con fines de adquisición no eran funcionalmente equivalentes a las garantías reales sin fines de adquisición. Se señaló que, a consecuencia de ello, todos los derechos y recursos previstos en el capítulo sobre la vía ejecutoria del proyecto de guía no serían aplicables. Además, se observó que la referencia al régimen aplicable a los derechos de propiedad daría lugar a diferencias de un Estado a otro, ya que no había uniformidad en la regulación de los mecanismos de titularidad. Por otra parte

se dijo que el enfoque no unitario carecería de sentido si no se diferenciaba, al menos en algunos aspectos, del enfoque unitario. Se indicó también que posiblemente los Estados adoptarían regímenes ligeramente diferentes según el que, conforme a su evaluación, resultara más eficiente. Tras debatir, la Comisión aprobó el contenido del enfoque unitario y remitió al Grupo de Trabajo VI el enfoque no unitario para que siguiera examinándolo.

70. Tras debatir, y a reserva de las limitaciones mencionadas, la Comisión aprobó el contenido de las recomendaciones relativas a los mecanismos de financiación de adquisiciones.

12. Conflicto de leyes (A/CN.9/WG.VI/WP.24, A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4 y A/CN.9/611 y Add.1)

71. Se planteó la cuestión de qué ley regiría las garantías reales sobre bienes que fueran trasladados del Estado A al Estado B durante unos meses y que luego volvieran al Estado A. Se respondió que si los bienes eran móviles (por ejemplo, automóviles o camiones), la constitución de una garantía real sobre ellos, su eficacia frente a terceros y su prelación se regirían por la ley del Estado en que se encontrara el otorgante (recomendación 136). Además, se observó que si esos bienes eran bienes de exportación o mercancías en tránsito, la constitución de una garantía real sobre ellos y su eficacia frente a terceros también se regirían por la ley del Estado de su destino final, siempre y cuando los bienes llegaran a su destino poco tiempo después de la constitución de la garantía real (recomendación 142); (no así la prelación, que seguiría estando sujeta a la ley de la ubicación inicial de los bienes). Además, se observó que, en todos los demás casos, la garantía real conservaría su eficacia frente a terceros durante un breve período después de que los bienes fueran trasladados al Estado B y, posteriormente, solo si se cumplían los requisitos para la eficacia frente a terceros del Estado B (recomendación 145).

72. Con respecto a las recomendaciones 139 (ley aplicable a una garantía real sobre el derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria) y 148 (ley aplicable a la ejecución de una garantía real), la Comisión instó al Grupo de Trabajo VI a que, si era realmente posible, llegara a un acuerdo sobre una de las variantes enunciadas en cada una de esas recomendaciones.

73. En lo que respecta a la ley aplicable a una garantía real sobre un bien incorporado a un bien inmueble, la Comisión tomó nota con interés de la sugerencia de que se aplicara la ley del Estado en que se encontrara el bien inmueble. La Comisión remitió esta sugerencia al Grupo de Trabajo VI.

74. Tras debatir, la Comisión aprobó el contenido de las recomendaciones sobre conflicto de leyes.

13. Transición (A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.8)

75. Con respecto a las recomendaciones 156 a 158 (período de transición), se señaló que, en lugar de abordar la constitución de garantías reales, deberían centrarse en la eficacia frente a terceros para asegurar que una garantía real que hubiera adquirido eficacia frente a terceros en virtud del régimen jurídico anterior siguiera siendo oponible a terceros durante el período de transición. Si durante ese

período la garantía real quedaba constituida en virtud del nuevo régimen, se dijo que no habría solución de continuidad en la eficacia frente a terceros.

76. Con respecto a todas las recomendaciones enunciadas en el capítulo relativo a la transición, la Comisión observó que eran de carácter muy general e instó al Grupo de Trabajo VI a que tratara de perfeccionarlas, y de agregar a ellas más detalles, a fin de establecer un equilibrio apropiado entre la necesidad de permitir a las partes que se beneficiaran del nuevo régimen jurídico y la de evitar toda perturbación de las relaciones mercantiles establecidas en virtud del régimen anterior.

77. Tras un debate, y con sujeción a las reservas mencionadas más arriba, la Comisión aprobó el contenido de las recomendaciones relativas al período de transición.

14. Conclusiones

78. Al concluir el examen de las recomendaciones del proyecto de guía, la Comisión expresó su reconocimiento al Grupo de Trabajo por los resultados logrados hasta la fecha en la elaboración del proyecto de guía y señaló que las opiniones expresadas y las sugerencias formuladas más arriba (véanse los párrafos 13 a 77) se tendrían en cuenta en la siguiente versión del proyecto de guía. Además, la Comisión examinó brevemente la terminología del proyecto de guía (véase A/CN.9/WG.VI/WP.27/Add.1), que no formaba parte de las recomendaciones pero tenía la finalidad de facilitar su comprensión. Se sugirió que se agregara a la terminología una definición de la expresión "bienes de consumo", ya que se hacía referencia a ese concepto en varias recomendaciones. La Comisión remitió la terminología al Grupo de Trabajo VI.

B. Labor futura

79. La Comisión examinó después el tema relativo a su labor futura. Se señaló que estaba previsto que el Grupo de Trabajo VI celebrara otros dos períodos de sesiones, uno en Viena, del 4 al 8 de diciembre de 2006, y otro en Nueva York, del 12 al 16 de febrero de 2007, y sometiera el proyecto de guía a la aprobación de la Comisión en su 40º período de sesiones, en 2007 (véanse los párrafos 272 y 273 f) *infra*).

80. Con respecto a la presentación del material, se sugirió que, en aras de la claridad y sencillez, en el proyecto de guía se pusieran de relieve las recomendaciones generales o principios básicos, en beneficio de los Estados que tal vez no necesitaran todas las recomendaciones relativas a bienes específicos. También se sugirió que el material se facilitara también a los Estados con la mayor antelación posible al próximo período de sesiones de la Comisión. A ese respecto, una delegación expresó preocupación por la complejidad del proyecto de guía, que podría hacer que este resultara inaceptable para algunos Estados.

81. En cuanto a la labor futura en la esfera del régimen legal de la financiación garantizada, la Comisión señaló que los derechos de propiedad intelectual (por ejemplo, los derechos de autor, las patentes o las marcas comerciales) se estaban convirtiendo cada vez más en una fuente sumamente importante de crédito, por lo que no deberían quedar excluidas de un régimen moderno de las operaciones garantizadas. A ese respecto, se señaló que las operaciones de financiación de bienes de equipo o existencias incluían a menudo garantías reales

sobre derechos de propiedad intelectual como componente esencial y valioso. Se observó también que las operaciones de financiación importantes en que se constituían garantías reales sobre todos los bienes de un otorgante comercial incluían habitualmente los derechos de propiedad intelectual.

82. Además, la Comisión señaló que las recomendaciones del proyecto de guía eran aplicables en general a las garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual en la medida en que no fueran incompatibles con la legislación sobre la propiedad intelectual (véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7, recomendación 3, párrafo h)). Por otra parte, la Comisión observó que dado que las recomendaciones no se habían elaborado teniendo presentes los problemas especiales de las legislaciones sobre propiedad intelectual, el proyecto de guía formulaba una recomendación general en el sentido de que los Estados promulgantes consideraran la posibilidad de introducir los ajustes necesarios en las recomendaciones a fin de abordar esos problemas.

83. Se sugirió que, a fin de dar una mayor orientación a los Estados, la Secretaría preparara, en cooperación con las organizaciones internacionales con conocimientos especializados en las esferas de las garantías reales y el régimen legal de la propiedad intelectual, en particular, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), una nota, para presentarla a la Comisión en su 40º período de sesiones en 2007, en la que se examinara el posible alcance de la labor que podría realizar la Comisión como complemento del proyecto de guía. Se sugirió también que, con miras a obtener el asesoramiento de expertos y la aportación de la industria pertinente, la Secretaría organizara, cuando fuera necesario, reuniones de grupos de expertos y coloquios.

84. Esas sugerencias recibieron amplio apoyo en la Comisión. Se manifestó que debía prestarse especial atención a la representación de todas las partes del ramo y a los expertos pertinentes de diversas regiones del mundo. También se señaló que una cuestión de especial importancia era la referente a la ejecución de garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual, la cual se veía comprometida a causa de la utilización no autorizada de estos.

85. Se sugirió además que varias otras cuestiones fueran también objeto de notas de la Secretaría relativas a la labor futura en cuanto al régimen de la financiación garantizada. A ese respecto, la Comisión tomó nota de que los planes para la celebración de un congreso sobre el derecho mercantil internacional, que tendría lugar paralelamente al período de sesiones del 40º aniversario de la CNUDMI (véanse los párrafos 256 a 258 *infra*), incluirían, entre otras cosas, el examen de temas de la labor futura en materia de régimen de la financiación garantizada.

86. Tras un debate, la Comisión pidió a la Secretaría que preparara, en cooperación con las organizaciones competentes, y en particular la OMPI, una nota en la que analizara el alcance de la labor futura de la Comisión sobre la financiación de la propiedad intelectual. La Comisión pidió asimismo a la Secretaría que organizara un coloquio sobre la financiación en la esfera de la propiedad intelectual, garantizando en la mayor medida posible la participación de organizaciones internacionales competentes y de expertos de diversas regiones del mundo (véanse las sugerencias suplementarias acerca de la futura labor en materia de legislación sobre la financiación garantizada en los párrafos 235 a 251 *infra*).

IV. Ultimación y aprobación de disposiciones legales sobre las medidas cautelares y la forma del acuerdo de arbitraje, y de una declaración sobre la interpretación de los artículos II 2) y VII 1) de la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras

A. Organización de las deliberaciones

87. La Comisión examinó la versión revisada del proyecto de disposiciones legales sobre las medidas cautelares y el requisito de la forma del acuerdo de arbitraje, así como un proyecto de declaración sobre la interpretación del párrafo 2) del artículo II y del párrafo 1) del artículo VII de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958)[4] (en adelante la "Convención de Nueva York"), adoptado por el Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) en su 44º período de sesiones (Nueva York, 23 a 27 de enero de 2006) (A/CN.9/592). La Comisión tomó nota del resumen de las deliberaciones mantenidas sobre el proyecto de disposiciones y la declaración desde el 32º período de sesiones del Grupo de Trabajo (Viena, 20 a 31 de marzo de 2000), así como de la información de antecedentes proporcionada en los documentos A/CN.9/605, A/CN.9/606 y A/CN.9/607. La Comisión también tomó nota de las observaciones sobre los proyectos de disposición y de la declaración que habían presentado gobiernos y organizaciones internacionales y que se recogían en los documentos A/CN.9/609 y Add.1 a Add.6.

B. Examen del proyecto de disposiciones legales sobre las medidas cautelares

1. Observaciones generales

88. La Comisión recordó que las disposiciones se habían redactado teniendo en cuenta no solo que se recurría cada vez más a las medidas cautelares en la práctica del arbitraje comercial internacional sino también que la eficacia del arbitraje como método para resolver controversias comerciales dependía de la posibilidad de que se ejecutaran esas medidas cautelares (véase A/CN.9/485 y Corr.1, párr. 78). Hubo acuerdo general sobre la necesidad de instituir un régimen legal modelo armonizado y ampliamente aceptable que rigiera las medidas cautelares otorgadas por tribunales arbitrales y su ejecución, así como las medidas cautelares dictadas por foros judiciales en apoyo del arbitraje. La Comisión recordó que el proyecto de disposiciones legales sobre las medidas cautelares y las órdenes preliminares era fruto de amplios debates celebrados en el Grupo de Trabajo. La Comisión recordó asimismo que el Grupo de Trabajo, en su 42º período de sesiones (Nueva York, 10 a 14 de enero de 2005), convino en incluir un texto de transacción de las disposiciones sobre las órdenes preliminares basándose en los siguientes criterios: que esas disposiciones serían aplicables a menos que las partes convinieran otra

[4] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 330, núm. 4739.

cosa; que se puntualizara que las órdenes preliminares tenían la naturaleza de autos procesales y no de laudos, y que en la sección 4 no se prevería ningún procedimiento de ejecución para dichas órdenes (A/CN.9/573, párr. 27).

2. Examen de los proyectos de artículo

89. El texto del proyecto de disposiciones legales examinado por la Comisión en el actual período de sesiones figuraba en el documento A/CN.9/605.

Sección 1 - Medidas cautelares

Artículo 17 - Facultad del tribunal para otorgar medidas cautelares

Párrafo 1)

90. Se recordó que el párrafo 1) reproducía en parte el enunciado del artículo 17 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje Comercial Internacional de 1985[5] (en adelante "la Ley Modelo sobre el Arbitraje").

91. La Comisión aprobó sin cambios el contenido del párrafo 1).

Párrafo 2)

Apartado b)

92. Se formuló la pregunta de si deberían retenerse en el texto las palabras "o el menoscabo del propio procedimiento arbitral".

93. Se recordó que la finalidad de esas palabras era aclarar que un tribunal arbitral estaba facultado para impedir la obstrucción o la demora del proceso arbitral, inclusive emitiendo autos para impedir que se incoaran nuevas acciones o actuaciones. Se recordó también que, en el Grupo de Trabajo, este tipo de autos había suscitado importantes reservas por parte de muchas delegaciones. A favor de la supresión de esas palabras se argumentó que esos autos no siempre tenían el carácter provisional de las medidas cautelares y podían afectar también a cuestiones sustantivas como las de la competencia del tribunal arbitral. Se dijo también que tal disposición se apartaba del principio fundamental en virtud del cual no debería privarse a la parte de ningún recurso judicial al que tuviera derecho.

94. En la Comisión se respondió que, en anteriores períodos de sesiones, el Grupo de Trabajo había expresado su preferencia por la inclusión de autos contra la incoación de acciones o actuaciones en el proyecto de artículo 17. También se recordó que esas palabras no deberían entenderse referidas únicamente a mandamientos o interdictos contra este tipo de acciones sino más bien a los autos de alcance más amplio dictados contra la gran diversidad de acciones que existían y que se utilizaban en la práctica para obstruir el proceso arbitral.

95. Tras debatir, la Comisión aprobó sin cambios el contenido del párrafo 2).

---

[5] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/40/17), anexo I, y publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.95.V.18.

Carácter exhaustivo de la lista de funciones características de las medidas cautelares

96. La Comisión recordó que el Grupo de Trabajo, en sus períodos de sesiones 36º (Nueva York, 4 a 8 de marzo de 2002) y 39º (Viena, 10 a 14 de noviembre de 2003), había examinado si en el enunciado actual del párrafo 2) del artículo 17 entraban todos los posibles motivos por los que pudiera haber que otorgar una medida cautelar (véase A/CN.9/508, párrs. 70 a 76, y A/CN.9/545, párr. 21). Se recordó que el Grupo de Trabajo convino en que, en la medida en que la lista revisada que figuraba en el párrafo 2) describía en términos genéricos todos los motivos por los que cabría otorgar medidas cautelares, esa lista podía tenerse por exhaustiva (A/CN.9/545, párr. 21). La Comisión decidió que esa cuestión se aclarara en algún texto explicativo que acompañara al artículo 17.

Artículo 17 *bis* - Condiciones para el otorgamiento de medidas cautelares

Párrafo 1)

Observación general

"*Urgencia de la medida demandada*"

97. La Comisión tomó nota de la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo de que la urgencia de la medida demandada no debería constituir un rasgo general de toda medida cautelar. La Comisión decidió que en algún texto explicativo se diera orientación sobre la importancia que podía tener la urgencia en el funcionamiento de las disposiciones de la sección 1.

Apartado a)

"*Notablemente*"

98. Se sugirió que se suprimiera la palabra "notablemente" por estimarse que podría introducir en el texto un requisito innecesario y confuso que dificultaría más la adopción de una medida cautelar por el tribunal arbitral. En apoyo de esa propuesta se argumentó que sería preferible dejar en manos de la práctica arbitral que se desarrollara con el tiempo la determinación de si el balance negativo del otorgamiento de una medida en virtud del apartado a) debía servir de criterio.

99. Se respondió que el texto del apartado a), incluida la palabra "notablemente", se ajustaba a las normas existentes en muchos ordenamientos que regían la determinación de si procedía o no otorgar una medida cautelar.

100. Tras debatir, la Comisión decidió retener la palabra "notablemente". La Comisión adoptó sin cambios el apartado a).

Apartado b)

*Prueba rebatible (*prima facie*)*

101. Se formuló la propuesta de suprimir el apartado b) por estimarse que las medidas cautelares podían tener que otorgarse por razones de urgencia y que imponiendo al tribunal arbitral la obligación de determinar las posibilidades de que una demanda prosperase sobre el fondo, se provocaría una demora innecesaria o se

prejuzgaría el caso. Esa propuesta no recibió apoyo, pues se consideró que el apartado b) constituía una salvaguardia necesaria para el otorgamiento de medidas cautelares. Se argumentó que ese apartado se había redactado con la intención de que el tribunal arbitral adoptara una resolución preliminar basada en la información de que dispusiera en el momento de adoptar tal determinación.

102. La propuesta de que se agregaran al apartado b) las palabras "*prima facie*" (prueba rebatible), a fin de que el tribunal arbitral no tuviera que pronunciarse exhaustivamente sobre la cuestión de la posibilidad de que una demanda sobre el fondo prosperase, no recibió apoyo. Al rechazar la propuesta, la Comisión observó que la expresión "*prima facie*" podía ser objeto de diversas interpretaciones. Se recordó que, al redactar ese apartado, el Grupo de Trabajo se había propuesto formular de manera neutral la norma de la prueba.

"*siempre y cuando*"

103. Se observó que las palabras "siempre y cuando" daban a entender que la segunda parte de la frase condicionaba a la primera y que, por lo tanto, no reflejaba la intención del Grupo de Trabajo. A fin de paliar ese problema, se propuso que se suprimieran esas palabras y que se dividiera el apartado en dos frases.

104. Tras debatir, se convino en que el texto del apartado b) dijera lo siguiente: "existe una posibilidad razonable de que la demanda de la parte requirente sobre el fondo del litigio prospere. Toda determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgará en modo alguno toda determinación subsiguiente a que pueda llegar dicho tribunal".

Párrafo 2)

105. La Comisión aprobó sin cambios el contenido del párrafo 2).

Sección 2. - Órdenes preliminares

Artículo 17 *ter* - Solicitud de una orden preliminar y condiciones para su otorgamiento

106. La Comisión aprobó sin cambios el contenido del artículo 17 *ter*.

Artículo 17 *quater* - Régimen específico de las órdenes preliminares

Párrafo 1)

107. La Comisión aprobó sin cambios el contenido del párrafo 1).

Párrafo 2)

108. Se señaló que el párrafo 2) requería que el tribunal arbitral diera a la parte contra la cual fuera dirigida la orden preliminar la oportunidad de hacer valer sus derechos a la mayor brevedad posible. Se indicó que, mientras que el párrafo 1) establecía que el tribunal arbitral notificara a "todas las partes", el párrafo 2), que se refería a "la parte contra la que vaya dirigida la orden preliminar", parecía tener un alcance más limitado. Se hizo una propuesta en el sentido de ampliar la aplicación del párrafo 2) agregando, después de las palabras "dirigida la orden preliminar",

las palabras “o a cualquier otra parte”. Se formuló una propuesta alternativa en el sentido de sustituir las palabras “la parte contra la que vaya dirigida una orden preliminar”, por las palabras “la parte afectada por la orden preliminar”.

109. Se respondió que las enmiendas propuestas podrían complicar innecesariamente el proceso de arbitraje. Se expresó la preocupación de que la adición de una frase tal como “cualquier parte afectada” podría dar a una persona que no fuera parte en el procedimiento arbitral, pero que, no obstante, se viera afectada por la orden preliminar (por ejemplo, un banco), el derecho a exponer sus argumentos. Se manifestó que el texto del párrafo 2) era apropiado, ya que daba prioridad a la parte más afectada por la orden preliminar y no excluía la posibilidad de que otras partes en las actuaciones arbitrales pudieran responder, si lo desearan, a la orden preliminar. Se convino en que se mantuviera el contenido del párrafo 2) pero que se incluyera una aclaración en el material explicativo referente al mismo. Se propuso que en ese material se indicara que, cuando el tribunal arbitral invitara a la parte contra la cual fuera dirigida la orden preliminar a que hiciera valer sus derechos, la invitación debería notificarse a todas las partes y, de conformidad con la práctica general en materia de arbitraje, las partes que desearan responder a la orden preliminar lo harían, incluso en ausencia de una invitación concreta. También se sugirió que en el material explicativo se aclarara que la finalidad del párrafo 2) no era hacer extensivas sus disposiciones a personas que no fueran partes en el procedimiento de arbitraje.

110. Tras un debate, la Comisión aprobó sin cambios el contenido del párrafo 2).

Párrafo 3)

111. La Comisión aprobó sin cambios el contenido del párrafo 3).

Párrafo 4)

112. La Comisión aprobó sin cambios el contenido del párrafo 4).

Párrafo 5)

Momento en que una orden preliminar pasa a ser vinculante

113. Se planteó la pregunta de en qué momento una orden preliminar sería vinculante para las partes. Se recordó que el tribunal arbitral, al mismo tiempo que dictara una orden preliminar, podía también fijar un plazo para que la parte requirente prestara una garantía y que esa posibilidad era la razón por la que se empleaba la expresión flexible “respecto de”, que figuraban en el párrafo 2) del artículo 17 *sexies*. Se consideró pues que una orden preliminar podría ser vinculante para las partes cuando la otorgara el tribunal arbitral.

Inejecutabilidad de las órdenes preliminares

114. La Comisión recordó que el Grupo de Trabajo había examinado a fondo la cuestión de si debería preverse un régimen de ejecución con respecto a las órdenes preliminares. Se puso en tela de juicio la necesidad de incluir tal régimen, habida cuenta del carácter temporal de una orden preliminar y del hecho de que ello podría plantear dificultades prácticas, como, por ejemplo, la cuestión de si la notificación

de la orden preliminar a la parte contraria debería aplazarse hasta después de que la orden hubiera sido ejecutada por un tribunal judicial. Además, se dijo que las partes suelen cumplir las medidas cautelares por respeto a la autoridad de los árbitros y para no entrar en conflicto con ellos. La Comisión observó que la ejecutabilidad de las órdenes preliminares era un elemento fundamental de la solución de transacción a que se había llegado en el 42º período de sesiones del Grupo de Trabajo (véase el párrafo 88 *supra*).

Presentación de recursos judiciales

115. La Comisión examinó una propuesta formulada en el 44º período de sesiones del Grupo de Trabajo (Nueva York, 23 a 27 de enero de 2006) en el sentido de que se agregara el texto siguiente, bien al párrafo 5) del artículo 17 *quater* o en el material explicativo: "el hecho de haber obtenido esa orden preliminar del tribunal arbitral no impedirá a una parte recurrir en contra de la orden ante un foro judicial" (véase A/CN.9/592, párr. 27). Se expresaron dudas acerca de la necesidad de incluir esa aclaración, ya que se decía que la disposición solo podría aplicarse en circunstancias excepcionales. Sin embargo, se señaló que el artículo 9 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje ya protegía el derecho de una parte en un procedimiento arbitral a solicitar una medida cautelar a un foro judicial. Se indicó que esa propuesta solamente aclaraba el funcionamiento de las disposiciones relativas a las órdenes preliminares.

116. La Comisión acordó que en el material explicativo que se preparara se incluyera la siguiente frase: "el hecho de haber obtenido esa orden preliminar del tribunal arbitral no impedirá a una parte solicitar todo remedio que de otro modo tendría derecho a solicitar ante un foro judicial".

117. Tras un debate, la Comisión aprobó sin modificaciones el contenido del párrafo 5).

Sección 3 - Disposiciones aplicables a las medidas cautelares y órdenes preliminares

Artículo 17 *quinquies* - Modificación, suspensión, revocación

118. La Comisión aprobó sin cambios el contenido del artículo 17 *quinquies*.

Artículo 17 *sexies* - Exigencia de una garantía por el tribunal arbitral

Párrafo 1)

119. La Comisión aprobó sin cambios el contenido del párrafo 1).

Párrafo 2)

120. La Comisión aprobó sin cambios el contenido del párrafo 2).

Artículo 17 *septies* - Comunicación de información

Observaciones generales

121. Se expresó la opinión de que en muchos ordenamientos internos no se imponía a ninguna parte la obligación de presentar hechos o argumentos que le fueran desfavorables. Además, se estimó que la disposición no establecía sanción alguna en caso de que la parte que demandara la medida cautelar incumpliera su obligación de comunicar información. Se propuso suprimir el párrafo 1) y la segunda frase del párrafo 2).

122. Se recordó que los dos párrafos del artículo 17 *septies* regulaban dos obligaciones de comunicación diferentes que eran aplicables a circunstancias distintas. Mientras que la obligación del párrafo 1) de revelar los cambios en las circunstancias se refería a las medidas cautelares, la obligación impuesta por el párrafo 2) del artículo 17 *septies* de revelar todo cambio "pertinente" en las circunstancias se inspiraba en la norma establecida en ciertos ordenamientos jurídicos que preveía que el letrado tenía la obligación especial de informar al foro judicial de todos los asuntos, incluso de aquéllos que no le fueran favorables, y que esa norma se consideraba una salvaguardia fundamental y un requisito indispensable para la aceptabilidad de las órdenes preliminares. Del mismo modo, en muchos otros ordenamientos jurídicos el requisito reconocido de que las partes obren de buena fe daba lugar a una obligación comparable. Se señaló que el artículo 17 *septies* era el fruto de largas deliberaciones en el Grupo de Trabajo y se recordó que esos dos párrafos habían sido redactados cuidadosamente y teniendo en cuenta el tipo de medidas a que se referían.

123. En apoyo de mantener el párrafo 1), se recordó que la finalidad esencial del párrafo 1) del artículo 17 *septies* era garantizar que la decisión de otorgar una medida cautelar la adoptara el tribunal arbitral sobre la base de una relación lo más completa posible de los hechos. Habida cuenta de que la medida cautelar podía otorgarse en una fase temprana del procedimiento de arbitraje, el tribunal arbitral tal vez solo dispondría a menudo de una relación imperfecta de los hechos y desearía estar informado de todo cambio que se produjera en los hechos que habían motivado el otorgamiento de la medida.

124. Se formularon varias propuestas a fin de atender la objeción de que en muchos ordenamientos internos no se imponía la obligación de revelar información que se preveía en el párrafo 1) del artículo 17 *septies*, y de que, por consiguiente, sería difícil su incorporación al derecho interno en el caso de esos ordenamientos. A fin de prever una obligación de comunicación de información que fuera más flexible y se adaptara a las circunstancias de cada procedimiento arbitral, se propuso consignar las siguientes palabras al comienzo del párrafo 1) del artículo 17 *septie*s: "si así lo ordena el tribunal arbitral".

125. Se formuló otra propuesta en el sentido de sustituir las palabras "u otorgara", que figuraban al final del párrafo 1) del artículo 17 *septies*, por las palabras "si llega a tener conocimiento de ese cambio". Se opusieron objeciones a esa propuesta por considerar que el artículo 17 *septies* comportaba implícitamente que la obligación de revelar información solo surgiría cuando una parte llegara a tener conocimiento de tal cambio. Además, se indicó que la inclusión de esas palabras crearía dificultades en la práctica. Se señaló que, si se aceptaba la propuesta, sería necesario

agregar algunas palabras al texto a fin de exigir al demandante de la medida cautelar que diera a conocer todo cambio importante que se produjera en las circunstancias del que debiera haber tenido conocimiento.

126. Se formuló una propuesta conexa en el sentido de enmendar el párrafo 1) del artículo 17 *septies* para que dijera lo siguiente: "El tribunal arbitral podrá exigir a cualquiera de las partes que dé a conocer sin tardanza todo cambio importante que se produzca en las circunstancias que motivaron que la medida se demandara u otorgara". La segunda frase del párrafo 2) se enmendaría entonces para que fuera del tenor siguiente: "A partir de dicho momento se aplicará lo dispuesto en el párrafo 1) del presente artículo".

127. Tras un debate, la Comisión aprobó la propuesta conexa mencionada en el párrafo 126 *supra* y acordó que en el material explicativo correspondiente se aclarara el ámbito de aplicación de la obligación de revelar información enunciada en el artículo 17 *septies*.

Artículo 17 *octies* - Costas y daños y perjuicios

128. La Comisión aprobó sin cambios el contenido del artículo 17 *octies*.

Sección 4 - Reconocimiento y ejecución de medidas cautelares

Artículo 17 *novies* - Reconocimiento y ejecución de medidas cautelares

129. Se formuló una propuesta en el sentido de suprimir, en el párrafo 1), las palabras "salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa", debido a que introducían una condición innecesaria respecto de la ejecución. La propuesta no fue apoyada.

130. La Comisión aprobó sin cambios el contenido del párrafo 1).

131. La Comisión aprobó sin cambios el contenido del artículo 17 *novies*.

Artículo 17 *decies* - Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución de medidas cautelares

Párrafo 1)

Propuesta alternativa

132. La Comisión examinó la propuesta formulada por una delegación que figuraba en la nota 2 correspondiente al párrafo 8 del documento A/CN.9/609/Add.5. Se explicó que su finalidad era simplificar el texto y evitar toda referencia cruzada al artículo 36 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje. Se consideró que la aplicación del artículo 36 a las medidas cautelares tendría una relevancia limitada a causa de la diferente naturaleza de esas medidas y del laudo sobre el fondo del asunto. Algunas delegaciones apoyaron la propuesta de proyecto abreviada por considerar que era más concisa y enunciaba reglas específicamente aplicables al reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares, a diferencia del texto del proyecto de artículo 17 *decies*, en el que se plasmaban esencialmente las reglas establecidas en la Convención de Nueva York con respecto al reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales.

133. Sin embargo, se formularon reservas acerca del criterio general seguido en la propuesta de proyecto abreviada, en cuyo contexto se afirmaba que no incluía varios detalles importantes que figuraban en el proyecto de artículo 17 *decies*.

134. Tras un debate, la Comisión aprobó sin cambios el contenido del párrafo 1).

Párrafo 2)

135. Se manifestó que, al solicitarse ante un tribunal judicial la ejecución de una medida cautelar con arreglo a lo previsto en el párrafo 1) a) i) del artículo 17 *decies* (que remite a los motivos enunciados en el párrafo 1) a) i), ii), iii) o iv) del artículo 36), su decisión no debería producir efectos más allá de la esfera limitada del reconocimiento y la ejecución de la medida cautelar. La Comisión acordó que en el material explicativo se aclarara que la finalidad del párrafo 2) del artículo 17 *decies* era limitar las facultades del tribunal judicial al mero reconocimiento y ejecución de la medida cautelar.

136. La Comisión aprobó sin cambios el contenido del párrafo 2).

Nota de pie de página

137. La Comisión aprobó sin cambios el contenido de la nota de pie de página correspondiente al artículo 17 *decies*.

Sección 5 - Medidas cautelares dictadas por un tribunal judicial

Artículo 17 *undecies* - Medidas cautelares dictadas por un tribunal judicial

Propuesta de enunciado

138. Se propuso simplificar el texto del artículo 17 *undecies* redactándolo del siguiente modo: "El tribunal gozará de la misma competencia para dictar medidas cautelares en relación con actuaciones arbitrales que la que disfruta en relación con las actuaciones judiciales, inclusive en los casos en que las actuaciones arbitrales se sustancien en un Estado que no sea el del tribunal. El tribunal ejercerá dicha competencia de conformidad con sus propios procedimientos y tomando en consideración los rasgos distintivos de un arbitraje internacional."

139. La propuesta recibió apoyo. Se aclaró que la finalidad del artículo 17 *undecies* era preservar la competencia de los tribunales judiciales para dictar medidas cautelares en apoyo de arbitraje, pero no debería entenderse que confiere al tribunal una mayor competencia para interferir en el proceso arbitral. La Comisión convino en que la cuestión se aclarara en todo texto explicativo que acompañara a esa disposición.

"*inclusive en el caso de que el lugar donde se sustancien las actuaciones arbitrales esté en un Estado distinto del del tribunal judicial*"

140. Se sostuvo que las palabras "en los casos en que el lugar donde se sustancien las actuaciones arbitrales esté en un Estado distinto del Estado del tribunal judicial", que figuran en la propuesta (véase el párrafo 138 *supra*) eran innecesarias, habida cuenta de la intención de agregar el artículo 17 *undecies* a la lista de artículos enunciados en el párrafo 2) del artículo 1 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje.

Esta sugerencia no obtuvo apoyo, pues se estimó que esas palabras aportaban una aclaración necesaria.

141. Tras debatir al respecto, la Comisión convino en que el enunciado del artículo 17 *undecies* dijera lo siguiente: "El tribunal gozará de la misma competencia para dictar una medida cautelar en relación con actuaciones arbitrales con independencia de que estas se sustancien o no en el territorio de dicho Estado, del mismo modo que puede ejercer esa competencia en relación con actuaciones en tribunales judiciales. El tribunal ejercerá tal competencia de conformidad con sus propios procedimientos y teniendo en consideración los rasgos distintivos de un arbitraje internacional.". Se explicó que este enunciado se ajustaba más a la terminología empleada en la Ley Modelo sobre el Arbitraje y que la sustitución, al final de la primera frase, de las palabras "el tribunal judicial" por "tribunales judiciales" era necesaria para indicar que no se pretendía hacer referencia a procedimientos específicos nacionales o extranjeros. El artículo 17 *undecies* tenía por objeto abarcar la competencia para dictar medidas cautelares en relación con procedimientos judiciales, nacionales o internacionales, según el caso. Sin embargo, no se pretende que el artículo 17 *undecies* amplíe las funciones de asistencia y supervisión de las actuaciones arbitrales (*juge d'appui*), mencionadas en el artículo 6 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje, por lo que en ningún caso deberá interpretarse que el artículo 17 *undecies* incrementa las facultades de los tribunales en relación con dichas funciones.

142. La Comisión convino en que en el texto explicativo correspondiente al artículo 17 *undecies* debería aclararse que el foro judicial podía ejercer competencia en cuestiones de arbitraje tanto si el lugar del arbitraje estuviera en el territorio del Estado promulgante como si se encontrara en otro Estado, y que no debería entenderse que la disposición ampliaba la jurisdicción territorial de los foros judiciales.

Lugar de inserción del artículo 17 undecies

143. La Comisión estudió la posibilidad de que el artículo 17 *undecies* se insertara en otra parte de la Ley Modelo sobre el Arbitraje, habida cuenta de que regulaba las medidas cautelares dictadas por un foro judicial, que tal vez no procediera insertar en un capítulo cuya finalidad era principalmente regular las medidas cautelares otorgadas por los tribunales arbitrales. Según una sugerencia, cabría insertar el artículo 17 *undecies* después del artículo 9 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje, que regulaba las medidas cautelares dictadas por foros judiciales. No obstante, dado que el artículo 9 formaba parte del capítulo II de la Ley Modelo sobre el Arbitraje, que trataba del acuerdo de arbitraje, esa opción no se consideró apropiada. La Comisión convino en que en el texto explicativo que acompañara al artículo 17 *undecies* se incluyera un texto con arreglo al cual los Estados pudieran insertar dicho artículo en la parte más apropiada de su legislación de incorporación al derecho interno.

3. Examen de la enmienda del párrafo 2) del artículo 1 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje

144. El texto del proyecto de enmienda del párrafo 2) del artículo 1 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje que examinaba la Comisión en su actual período de sesiones figuraba en el párrafo 23 del documento A/CN.9/605.

145. La Comisión adoptó la enmienda propuesta del párrafo 2) del artículo 1 consistente en que se agregara una referencia a los artículos 17 *novies*, 17 *decies* y 17 *undecies* en la lista de artículos exceptuados.

C. Examen del proyecto de disposiciones legales sobre la forma del acuerdo de arbitraje

1. Observaciones generales

146. Tuvo lugar en la Comisión un intercambio de opiniones acerca del citado proyecto de disposiciones legales, en el cual se recordó que, a fin de garantizar una interpretación uniforme del requisito de la forma que respondiera a las necesidades del comercio internacional, convenía preparar una modificación del párrafo 2) del artículo 7 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje, adjuntándole una guía para la incorporación al derecho interno, y formular una declaración en la que se abordara una interpretación del párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York que reflejara una visión amplia y liberal del requisito de la forma.

147. Se recordó que la intención del Grupo de Trabajo al revisar el artículo 7 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje había sido actualizar las leyes internas relativas a la cuestión del requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje, manteniendo al mismo tiempo la ejecutabilidad de tales acuerdos, tal como preveía la Convención de Nueva York. La Comisión dispuso, para su examen, de dos textos; en el primero se hacía una descripción detallada de cómo podía satisfacerse el requisito de la forma escrita (proyecto de artículo 7 revisado), y en el otro texto se eliminaba por completo el requisito de la forma escrita (la propuesta alternativa). El texto del proyecto de disposiciones legales que la Comisión examinó en el actual período de sesiones era el que se recogía en el documento A/CN.9/606.

2. Examen del proyecto revisado de artículo 7

Párrafo 1)

148. Se recordó que el párrafo 1) reproducía el párrafo 1) del artículo 7 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje. Se formuló la propuesta de suprimir la segunda frase de ese párrafo por considerarla innecesaria. La propuesta no fue aceptada.

149. Tras un debate, la Comisión aprobó sin cambios el contenido del párrafo 1).

Párrafo 2)

150. La Comisión aprobó sin cambios el contenido del párrafo 2).

Párrafo 3)

151. La Comisión tomó nota de que el párrafo 3) definía el requisito de la forma escrita y trataba de aclarar el modo en que podía cumplirse dicho requisito.

152. Se formularon diversas propuestas para enmendar el párrafo 3). Una de ellas consistía en que se agregaran al párrafo 3) las siguientes palabras introductorias: "Sin perjuicio del consentimiento que hayan dado las partes en el acuerdo de arbitraje o en el contrato"; con esta enmienda se pretendía subrayar la importancia del consentimiento de las partes. En una propuesta conexa se sugirió que se modificara el enunciado del párrafo 3) del modo siguiente: "un acuerdo de arbitraje o un contrato podrán celebrarse verbalmente, por deducción de la conducta o por otros medios probatorios que pongan de manifiesto la voluntad de las partes". Otra propuesta, encaminada a esclarecer el significado del párrafo 3), tenía el siguiente tenor: "Se tendrá por cumplida la forma prescrita en el párrafo 2) si queda de algún modo constancia del contenido del acuerdo de arbitraje, y si el acuerdo de arbitraje figura por escrito, independientemente de que el acuerdo de arbitraje o el contrato se hayan celebrado verbalmente, por deducción de la conducta o por otros medios". En otra propuesta se siguió la pauta sugerida en el documento A/CN.9/609. Esas propuestas no recibieron apoyo.

153. La Comisión observó que el Grupo de Trabajo, en su 44º período de sesiones (Nueva York, 23 a 27 de enero de 2006), había analizado la cuestión de si la finalidad del requisito de la forma escrita era dejar constancia del consentimiento de las partes en someter una controversia a arbitraje o del contenido del acuerdo de arbitraje. En aquel período de sesiones, se observó que de lo que había que dejar constancia era del acuerdo de arbitraje, más que de la convergencia de opiniones de las partes o de cualquier otra información relativa a la formación del acuerdo (A/CN.9/592, párr. 61). La Comisión confirmó que el párrafo 3) regulaba la definición de la forma del acuerdo de arbitraje y que la cuestión de si las partes llegaban efectivamente a un acuerdo para someter una controversia a arbitraje era una cuestión sustantiva que debiera dejarse en manos del derecho interno. En ese contexto, la Comisión tomó nota de una observación conforme a la cual, en contraste con ciertas leyes nacionales que prescribían la forma escrita del acuerdo de arbitraje a fin de lograr seguridad sobre la voluntad de las partes de recurrir al arbitraje, el texto revisado del párrafo 3) modificaba notablemente la perspectiva centrando la disposición en la manera de lograr seguridad sobre el contenido de los derechos y obligaciones establecidos por el acuerdo de arbitraje, incluidas las reglas que pudieran regir los procedimientos arbitrales. Se señaló también que la cuestión de la prueba o constancia del contenido del acuerdo y la cuestión de la prueba del consentimiento eran indisociables, y que el escrito solo podía probar la existencia del acuerdo de arbitraje si al mismo tiempo establecía la voluntad de las partes de someter la controversia a arbitraje.

154. La Comisión confirmó que el párrafo 3) no pretendía regular una mera referencia, en un contrato verbal, a un conjunto de reglas de arbitraje o a una ley que rigiera el procedimiento de arbitraje, y que esa aclaración debería consignarse en todo texto explicativo que acompañara a ese párrafo. La Comisión convino en que toda otra aclaración sobre las situaciones de hecho que se pretendía regular en el párrafo 3) podría incluirse en todo texto explicativo que acompañara a esa disposición.

155. Tras debatir, la Comisión aprobó sin cambios el contenido del párrafo 3).

Párrafo 4)

156. Se observó que el párrafo 3) ya disponía que un acuerdo de arbitraje podía celebrarse "por otros medios", y que esas palabras comprendían la celebración de un acuerdo de arbitraje por medios electrónicos, como se indicaba en el párrafo 4). Por consiguiente, se puso en entredicho la necesidad de mantener el párrafo 4) en el texto.

157. A favor de su supresión se adujo que era inapropiado que una legislación en materia de arbitraje contuviera disposiciones sobre las comunicaciones electrónicas, y que las definiciones enunciadas en el párrafo 4) ya figuraban en otros instrumentos de la CNUDMI, concretamente en la Ley Modelo sobre el Comercio Electrónico[6] y en la Convención sobre los Contratos Electrónicos. Se formuló la propuesta de suprimir el párrafo 4) y de agregar, al final del párrafo 3), palabras como "inclusive las comunicaciones electrónicas". Se propuso la opción de retener en el texto el párrafo 4), pero de simplificar su contenido remitiendo, en notas de pie de página, a las definiciones ya enunciadas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico y en la Convención sobre los Contratos Electrónicos. Esas propuestas no recibieron apoyo.

158. A favor del mantenimiento del párrafo 4) en el texto, se argumentó que las palabras empleadas en el párrafo 4) se ajustaban a las que se utilizaban en el párrafo 2) del artículo 9 de la Convención sobre los Contratos Electrónicos y que en las definiciones de "comunicación electrónica" y "mensaje de datos" se reproducían las definiciones enunciadas en los apartados b) y c) del artículo 4 de dicha Convención. Se observó que era crucial mantener la coherencia entre los textos de la CNUDMI y que las definiciones enunciadas en el párrafo 4) ofrecerían una útil orientación.

159. Tras debatir al respecto, la Comisión aprobó sin cambios el contenido del párrafo 4).

Párrafo 5)

160. Se comentó que la situación regulada por el párrafo 5) raras veces se daba en la práctica, y que esa disposición podría suprimirse, dado que el párrafo 3) ya preveía el supuesto regulado en el párrafo 5). Se objetó que esa disposición ya formaba parte del artículo 7 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje, y que su supresión podría malinterpretarse dando a entender que se invalidaban los acuerdos de arbitraje concertados mediante un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que una parte afirmara la existencia de un acuerdo de arbitraje sin que la otra lo negara.

161. Tras debatir al respecto, la Comisión aprobó sin cambios el contenido del párrafo 5).

---

[6] *Ibid.*, *quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/51/17), anexo I, y publicación de las Naciones Unidas (núm. de venta S.99.V.4), que contiene también la Guía para la incorporación al derecho interno que acompaña a la Ley Modelo.

Párrafo 6)

162. La Comisión aprobó el párrafo 6) sin cambios.

3. Examen de la variante del proyecto de artículo 7

163. La Comisión observó que en la variante se omitía por completo el requisito de la forma escrita y con ello reconocía la validez de un acuerdo de arbitraje verbal.

164. Se planteó una pregunta en el sentido de si debería mantenerse la variante. Se comentó que el proyecto de artículo 7 revisado establecía los requisitos mínimos que debían aplicarse con respecto a la forma del acuerdo de arbitraje, en tanto que la variante iba mucho más lejos y suprimía todos los requisitos en cuanto a la forma, por ejemplo, para reconocer la validez de los acuerdos de arbitraje verbales. Aun cuando se manifestó considerable interés por la variante, se expresó la opinión de que tal vez se apartaba demasiado radicalmente de la legislación tradicional, inclusive de la Convención de Nueva York, para que pudiera ser fácilmente aceptable en muchos países.

165. En apoyo de mantener la variante se argumentó que, en varios ordenamientos internos que habían eliminado el requisito de la forma escrita de los acuerdos de arbitraje, esa eliminación no había dado lugar a controversias significativas en cuanto a la validez de los acuerdos de arbitraje. Se consideró que era improbable que la disposición enunciada en el proyecto de artículo 7 revisado fuera adoptada en esos ordenamientos y que, por lo tanto, debería mantenerse la variante. Además, se sostuvo que la tendencia actual era hacia la liberalización del requisito de la forma del acuerdo de arbitraje y que, por consiguiente, la Ley Modelo sobre Arbitraje, a fin de aportar una solución para el futuro, debería brindar a los legisladores nacionales la posibilidad de optar por la variante.

166. Se observó además que los tribunales estatales solían interpretar la Convención de Nueva York a la luz de las disposiciones de la Ley Modelo sobre el Arbitraje, y que el proyecto revisado indicaría a los Estados que el requisito de la forma escrita enunciado en el párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York debería interpretarse de manera más liberal. Se señaló asimismo que, con arreglo al apartado a) del párrafo 1) del artículo V de la Convención de Nueva York, la cuestión de la validez del acuerdo de arbitraje (en el contexto de una solicitud de ejecución de un laudo arbitral) estaba regulada por el régimen legal del lugar en el que se otorgara el laudo y que, por lo tanto, si el acuerdo de arbitraje era válido de conformidad con el régimen del lugar donde se sustanciara el arbitraje, en virtud de la Convención de Nueva York el laudo sería ejecutable en sus Estados parte. Se observó igualmente que los tribunales estatales podían seguir remitiéndose al párrafo 1 del artículo VII de la Convención de Nueva York para aplicar una legislación interna de carácter más favorable.

167. Tras un debate, la Comisión aprobó sin cambios el contenido de la variante.

4. Presentación del proyecto de artículo 7 revisado y de la variante

168. Se cuestionó que el proyecto de artículo 7 revisado y la variante fueran presentados como opciones en la Ley Modelo sobre el Arbitraje. Se expresó el temor de que la presentación de opciones en la Ley Modelo no alentara la armonización de la legislación en esta materia y de que tal vez planteara dificultades a los Estados promulgantes.

169. Se indicó que la variante podría insertarse como nota de pie de página al proyecto de artículo 7 revisado, o incorporarse a cualquier material explicativo. Se objetó que ambos textos representaban dos enfoques distintos de la cuestión de la definición y forma del acuerdo de arbitraje; en el primer enfoque se liberalizaba el requisito de la forma por escrito y el segundo comportaba suprimir por completo tal requisito; por consiguiente, la presentación del texto de la variante como nota de pie de página relativa al proyecto de artículo 7 revisado sería una solución insatisfactoria.

170. Tras un debate, la Comisión decidió presentar como opciones en el texto de la Ley Modelo sobre el Arbitraje tanto el proyecto de artículo 7 revisado como la variante, e incluir en el texto orientaciones para los Estados promulgantes acerca de cada una de las opciones.

5. Examen del párrafo 2) del artículo 35 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje

171. Se observó que el párrafo 2) del artículo 35 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje, basado en el artículo IV de la Convención de Nueva York, preveía que la parte que invocara un laudo o que solicitara su ejecución debería presentar el laudo original debidamente autenticado o una copia del mismo debidamente certificada, así como el acuerdo de arbitraje original o una copia del mismo debidamente certificada. La Comisión señaló que, en sus deliberaciones sobre el requisito de la forma escrita de los acuerdos de arbitraje, el Grupo de Trabajo había considerado necesario garantizar que en el párrafo 2) del artículo 35 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje se modificara el concepto del requisito de la forma escrita (artículo 7 de la Ley Modelo y párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York) mediante una enmienda de ese artículo tal como se preveía en el párrafo 22 del documento A/CN.9/606.

172. Se formuló la propuesta de suprimir la palabra “certificada” en las frases primera y segunda del párrafo 2) del artículo 35 por considerar que la inclusión de ese requisito había creado, en algunos casos, incertidumbre en lo concerniente a quién podría realizar la certificación y en qué consistiría esta, lo cual podría obstaculizar innecesariamente la ejecución de un laudo. A ese respecto, se señaló que la cuestión de la necesidad de certificación o de pruebas análogas de la autenticidad de un texto o de su traducción era un aspecto que convenía dejar al arbitrio del régimen general de la prueba, o a los reglamentos judiciales, y a la discreción judicial, en lugar de abordarlo mediante la imposición de requisitos que podrían ser excesivamente onerosos y susceptibles de interpretaciones diferentes.

173. Tras un debate, la Comisión convino en que el párrafo 2) del artículo 35 fuera del siguiente tenor: “La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá presentar el laudo original o una copia del mismo. Si el laudo no estuviera redactado en un idioma oficial de ese Estado, el tribunal judicial podrá solicitar a la parte que

presente una traducción a ese idioma de dicho documento". Se acordó que, en consonancia con la nota de pie de página correspondiente al artículo 35, los requisitos enunciados en ese artículo tenían por finalidad establecer un máximo de requisitos y que en el material explicativo se debería aclarar que la supresión del requisito de certificación no tenía que interpretarse en el sentido de que se excluía la posibilidad de que los jueces pudieran exigir esa certificación cuando procediera y de conformidad con el derecho interno.

6. Disposición adicional

174. La Comisión examinó la cuestión de si la Ley Modelo sobre el Arbitraje debería incluir una disposición del tenor del artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980)[7] (en adelante, "la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa"), cuya finalidad era facilitar la interpretación mediante referencias a los principios internacionalmente aceptados. La Comisión señaló que disposiciones similares se habían incorporado a otras leyes modelo que había preparado, inclusive el artículo 3) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico.

175. La Comisión convino en que la incorporación de esa disposición sería útil y conveniente porque promovería una interpretación más uniforme de la Ley Modelo sobre el Arbitraje. La Comisión acordó que la disposición fuera del tenor siguiente:

"**Artículo 2 A. Origen internacional y principios generales**

1) En la interpretación de la presente Ley se tendrán en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe.

2) Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Ley que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa esta Ley."

7. Material explicativo

176. Se observó que las leyes modelo recientemente adoptadas por la CNUDMI iban acompañadas de una guía para la utilización y la incorporación al derecho interno. Esas guías se consideraban en general instrumentos útiles para los legisladores nacionales y otros usuarios de las normas de la CNUDMI; también estimulaban el proceso de armonización de las normas legales. Tras un debate, la Comisión convino en que convendría preparar una guía para la incorporación al derecho interno y la utilización de toda la Ley Modelo sobre el Arbitraje en su forma revisada. Se pidió a la Secretaría que preparara un proyecto de guía para que pudiera examinarse en futuros períodos de sesiones del Grupo de Trabajo y de la Comisión.

---

[7] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1489, núm. 25567, y publicación de las Naciones Unidas (núm. de venta S.95.V.12).

D. Examen del proyecto de declaración sobre la interpretación del párrafo 2) del artículo II y del párrafo 1) del artículo VII de la Convención de Nueva York

177. El texto del proyecto de declaración sobre la interpretación del párrafo 2) del artículo II y del párrafo 1) del artículo VII de la Convención de Nueva York, que examinó la Comisión, figuraba en el párrafo 4 del documento A/CN.9/607.

178. Se planteó una pregunta acerca de la cuestión de si era apropiado que la Comisión emitiera una declaración sobre la interpretación de un tratado multilateral. La Comisión señaló que tenía un mandato, enunciado en la resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General, por la que se creó la CNUDMI, para, entre otras cosas, promover "métodos y procedimientos para asegurar la interpretación y aplicación uniformes de las convenciones internacionales y de las leyes uniformes en el campo del derecho mercantil internacional"[8]. Por consiguiente, la emisión de una recomendación que tuviera carácter persuasivo y no vinculante, en beneficio de los usuarios del tratado, incluidos los legisladores, los árbitros, los jueces y partes mercantiles, entraba en el ámbito del mandato de la Comisión. Se opinó que esa recomendación era apropiada y, en las actuales circunstancias, especialmente deseable, ya que fomentaría la elaboración de reglas que propiciarían la validez de los acuerdos de arbitraje en una gama más amplia de supuestos y alentaría a los Estados a adoptar la versión revisada del artículo 7 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje.

179. La Comisión tomó nota de las deliberaciones del Grupo de Trabajo acerca de la forma que habría que dar al documento, en particular la cuestión de si debería revestir la forma de una declaración o de una recomendación (A/CN.9/485, párrs. 65 a 69). La Comisión convino en que la finalidad del documento, en consonancia con el mandato de la propia Comisión, era proponer una interpretación favorable a la armonización de ciertas disposiciones de la Convención de Nueva York, sin que ello obstaculizara la competencia de los Estados parte en ella para formular declaraciones de carácter vinculante acerca de la interpretación de ese tratado.

180. Con este trasfondo, la Comisión acordó que la forma más apropiada de ese documento era la de una recomendación, en lugar de una declaración, cuya naturaleza podría interpretarse erróneamente. Se modificó en consecuencia el título del documento. La Comisión convino también en incluir la referencia a su mandato en los párrafos iniciales de la recomendación.

E. Aprobación de disposiciones legales y recomendaciones

181. En su 834ª sesión, celebrada el 7 de julio de 2006, la Comisión, tras haber examinado el texto del proyecto de disposiciones legales modelo sobre la definición y la forma del acuerdo de arbitraje y las medidas cautelares, así como el texto del proyecto de recomendación acerca de la interpretación del párrafo 2) del artículo II y el párrafo 1) del artículo VII de la Convención de Nueva York, adoptó la siguiente decisión:

---

[8] Resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General, sección II, párrafo 8 d).

"*La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*,

Recordando su mandato dimanante de la resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1966, de fomentar la progresiva armonización y unificación del derecho del comercio internacional y, a ese respecto, tener presentes los intereses de todos los pueblos, en particular los de los países en desarrollo, en el amplio desarrollo del comercio internacional,

Recordando también la resolución 40/72 de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 1985, en la que, tras tomar nota de la aprobación por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, recomendó que todos los Estados examinaran debidamente la Ley Modelo, teniendo en cuenta la conveniencia de uniformidad en el derecho procesal arbitral y las necesidades específicas de la práctica del arbitraje comercial internacional,

Reconociendo el valor del arbitraje como método de solución amigable de las controversias que surjan en el contexto de las relaciones comerciales internacionales,

Reconociendo también la necesidad de que se enuncien en la Ley Modelo disposiciones que se ajusten a las actuales prácticas del comercio internacional y a los medios modernos de concertación de contratos con respecto al requisito de la forma del acuerdo de arbitraje y al otorgamiento de medidas cautelares,

Convencida de que los artículos revisados de la Ley Modelo acerca del requisito de la forma escrita y las medidas cautelares, junto con el material explicativo correspondiente, mejorarán de manera significativa el funcionamiento de la Ley Modelo,

Observando que la preparación de los artículos revisados de la Ley Modelo fue objeto de deliberaciones apropiadas y de extensas consultas con los gobiernos y los círculos interesados, y que contribuirá de manera importante al establecimiento de un marco jurídico armonizado que permita resolver de forma equitativa y eficiente de controversias comerciales internacionales,

Convencida de que, con respecto a la modernización de los artículos de la Ley Modelo, la promoción de una interpretación y aplicación uniformes de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958 es especialmente oportuna,

1. *Aprueba* los artículos revisados de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional tal como figuran en el anexo I del informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor de su 39º período de sesiones[9];

---

[9] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/61/17).

2. *Recomienda* que todos los Estados adopten una posición favorable a la incorporación al derecho interno de los artículos revisados de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, es decir, la Ley Modelo revisada de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, cuando promulguen o revisen sus leyes, habida cuenta de la conveniencia de uniformar el derecho relativo a los procedimientos de solución de controversias y las necesidades concretas de la práctica en materia de arbitraje comercial internacional;

3. *Aprueba* la recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2) del artículo II y del párrafo 1) del artículo VII de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958, tal como figura en el anexo II del informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor de su 39º período de sesiones."

F. Labor futura en materia de solución de controversias comerciales

182. Con respecto a la labor futura en materia de solución de controversias comerciales, la Comisión dispuso de dos notas tituladas "Posible labor futura en materia de solución de controversias comerciales" (A/CN.9/610 y Corr.1) y "Posible labor futura en la esfera de la solución de controversias comerciales: revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI" (A/CN.9/610/Add.1).

183. La Comisión tomó nota de las sugerencias formuladas por el Grupo de Trabajo en su 44º período de sesiones (Nueva York, 23 a 27 de enero de 2006) en el sentido de que se diera prioridad al examen, entre otras cosas, de la posible revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI[10], a la posibilidad de someter a arbitraje las controversias intraempresariales (y tal vez otras cuestiones relativas a la posibilidad de recurrir al arbitraje, como, por ejemplo, en materia de derechos de propiedad intelectual, así como en las controversias referentes a inversiones, la insolvencia o la competencia desleal); y a la solución de controversias por vía electrónica (véase A/CN.9/592, párrs. 89 a 95).

184. Se convino en dar prioridad al tema de la revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. La Comisión observó que, siendo uno de los primeros instrumentos en materia de arbitraje elaborados por la CNUDMI, el Reglamento de Arbitraje era reconocido como un texto sumamente satisfactorio que había sido adoptado por muchos centros de arbitraje y se había utilizado en muchos casos diferentes, como, por ejemplo, en controversias entre inversionistas y Estados. Reconociendo el éxito y el prestigio del Reglamento de Arbitraje, la Comisión estimó en general que, al revisarlo, no se debería alterar la estructura de su texto, ni tampoco su espíritu ni el estilo en que estaba enunciado, y también se debería respetar la flexibilidad del texto y no acrecentar su complejidad. Se sugirió que el Grupo de Trabajo se dedicara a la labor de definir cuidadosamente la lista de temas que tal vez fuera necesario abordar en una versión revisada del Reglamento de Arbitraje de

[10] *Ibid.*, *trigésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/31/17), párr. 57.

la CNUDMI. Se observó que la lista enunciada en el documento A/CN.9/610/Add.1 constituía un punto de partida útil a ese respecto.

185. Se sostuvo que el tema referente a la posibilidad de recurrir al arbitraje era una importante cuestión a la que también había que dar prioridad. Se señaló que incumbiría al Grupo de Trabajo determinar si las cuestiones susceptibles de arbitraje podían definirse en forma genérica, posiblemente mediante una lista ilustrativa de ellas, o si la disposición legal que se preparara con respecto a la posibilidad de recurrir al arbitraje debería definir los asuntos que no podían ser objeto de arbitraje. Se sugirió que se realizara un estudio de la cuestión de la posibilidad de recurrir al arbitraje y a otras formas de resolución alternativa de controversias en el contexto de los bienes inmuebles, la competencia desleal y la insolvencia. Sin embargo, se advirtió de que el tema relativo a esa posibilidad constituía un aspecto que planteaba cuestiones de orden público, que se sabía era muy difícil de definir de manera uniforme, y que, si se preparaba una lista definida de antemano de las cuestiones susceptibles de arbitraje, se podría restringir innecesariamente la capacidad de un Estado para atender ciertas preocupaciones de orden público que era probable que surgieran con el tiempo.

186. Otros temas que se mencionaron para su posible incorporación a la labor futura del Grupo de Trabajo incluían los problemas planteados por la solución de controversias por vía electrónica. Se indicó que el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, leído junto con otros instrumentos, como la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico y la Convención sobre los Contratos Electrónicos, ya abarcaban varias cuestiones que surgían en el contexto de la vía electrónica. Otro tema mencionado fue el problema del arbitraje en materia de insolvencia. Se formuló otra propuesta en el sentido de abordar la cuestión de los efectos de los mandamientos de no entablar acciones judiciales u otras actuaciones arbitrales sobre el arbitraje internacional. Se formuló una tercera propuesta consistente en que se planteara la posibilidad de aclarar los conceptos utilizados en el párrafo 1) del artículo I de la Convención de Nueva York, de “sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquél en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias” o “las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución”, que se dijo habían causado incertidumbre a los tribunales de algunos Estados. La Comisión también escuchó con interés una declaración formulada en nombre del Comité Consultivo Internacional del Algodón, en la que se sugirió que la Comisión emprendiera trabajos para promover la disciplina contractual, la eficacia de los acuerdos de arbitraje y la ejecución de los laudos en ese ramo.

187. Tras un debate, la Comisión consideró en general que el Grupo de Trabajo podía ocuparse, en forma paralela, de varias cuestiones y convino en que el Grupo emprendiera la labor de revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. También se convino en que la posibilidad de recurrir al arbitraje era un tema que también debía examinar el Grupo de Trabajo. En cuanto a la cuestión de la solución de controversias por vía electrónica, se acordó que el Grupo de Trabajo incorporara el tema en su programa de trabajo, pero que, al menos en la fase inicial, estudiara las consecuencias de las comunicaciones electrónicas en el contexto de la revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

V. Contratación pública: informe sobre los progresos realizados por el Grupo de Trabajo I

188. En sus períodos de sesiones 36º y 37º, celebrados en 2003 y 2004 respectivamente, la Comisión estudió la posible actualización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios[11] y de su Guía para la incorporación al derecho interno, basándose en las notas de la Secretaría A/CN.9/539 y Add.1 y A/CN.9/553[12]. En su 37º período de sesiones, la Comisión convino en que sería provechoso actualizar la Ley Modelo para dar cabida en ella a las nuevas prácticas, en particular, las resultantes del empleo de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública, así como a la experiencia adquirida en la aplicación de la Ley Modelo como base para la reforma de las leyes sobre la contratación pública y otras posibles cuestiones adicionales. La Comisión decidió encomendar la elaboración de propuestas para la revisión de la Ley Modelo a su Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) e impartió a dicho grupo un mandato flexible para determinar las cuestiones que habría de abordar en sus consideraciones. La Comisión señaló que, al actualizarse la Ley Modelo, habría que procurar no desviarse de sus principios fundamentales y no modificar las disposiciones cuya utilidad hubiera quedado demostrada[13].

189. El Grupo de Trabajo inició su labor ateniéndose a este mandato en su sexto período de sesiones (Viena, 30 de agosto a 3 de septiembre de 2004). En aquel período de sesiones decidió que en sus períodos de sesiones siguientes proseguiría el examen a fondo de los temas sugeridos en las notas de la Secretaría A/CN.9/WG.I/WP.31 y A/CN.9/WG.I/WP.32[14] por orden sucesivo (A/CN.9/568, párr. 10).

190. En su 39º período de sesiones, la Comisión tomó nota de los informes sobre los períodos de sesiones octavo (Viena, 7 a 11 de noviembre de 2005) y noveno (Nueva York, 24 a 28 de abril de 2006) del Grupo de Trabajo (véanse A/CN.9/590 y A/CN.9/595, respectivamente).

191. Se informó a la Comisión de que, en sus períodos de sesiones octavo y noveno, el Grupo de Trabajo había continuado con el examen a fondo de los temas relacionados con la utilización de las comunicaciones y tecnologías electrónicas en el proceso de contratación pública. La Comisión observó que, ateniéndose a la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en su séptimo período de sesiones de dar cabida en la Ley Modelo a la utilización de las comunicaciones y tecnologías electrónicas (incluidas las subastas electrónicas inversas) (A/CN.9/575, párr. 9)[15],

---

[11] *Ibid.*, *cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17* y corrección (A/49/17 y Corr.1), anexo I, y publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.98.V.13, que contiene también la Guía para la incorporación al derecho interno que acompaña a la Ley Modelo.

[12] *Ibid.*, *quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/58/17), párrs. 225 a 230, e *ibid.*, *quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/59/17), párrs. 79 a 82.

[13] *Ibid.*, *quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/59/17), párrs. 81 y 82.

[14] *Ibid.*, *sexagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/60/17), párr. 171.

[15] *Ibid.*

el Grupo de Trabajo, en su noveno período de sesiones, había llegado a un acuerdo preliminar sobre los proyectos de revisión de la Ley Modelo y de la Guía que serían necesarios para este fin. La Comisión también tomó nota de que el Grupo de Trabajo había decidido que en sus siguientes períodos de sesiones procedería al examen a fondo de las revisiones propuestas de la Ley Modelo y de la Guía, abordando los aspectos restantes de las subastas electrónicas inversas y la investigación de las ofertas anormalmente bajas, y que trataría los temas de los acuerdos marco y de las listas de proveedores (A/CN.9/595, párr. 9).

192. La Comisión elogió al Grupo de Trabajo por los progresos realizados en su labor y reafirmó su apoyo a la revisión que se estaba emprendiendo y a la incorporación a la Ley Modelo de prácticas novedosas de contratación pública. En el contexto de su examen del tema 14 del programa, "Coordinación y cooperación", y remitiéndose al documento A/CN.9/598/Add.1 (véase el párrafo 232 *infra*), la Comisión recomendó al Grupo de Trabajo que, al actualizar la Ley Modelo y la Guía, tuviera en cuenta los problemas que planteaban los conflictos de intereses y estudiara la posibilidad de si se justificaría incorporar a la Ley Modelo disposiciones concretas que abordaran esos problemas. (Sobre los dos siguientes períodos de sesiones del Grupo de Trabajo, véase el párrafo 273 a) *infra*.)

VI. Derecho del transporte: informe sobre la marcha de la labor del Grupo de Trabajo III

193. En su 34º período de sesiones, celebrado en 2001, la Comisión estableció el Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) para que preparara, en estrecha cooperación con las organizaciones internacionales interesadas, un instrumento legislativo que regulara aspectos del transporte internacional de mercancías por mar, como el ámbito de aplicación, el período de responsabilidad del porteador, las obligaciones y la responsabilidad de este, las obligaciones del cargador y los títulos de transporte[16]. En su 35º período de sesiones, celebrado en 2002, la Comisión aprobó la hipótesis de trabajo de que el proyecto de convenio sobre el derecho del transporte regulara las operaciones de transporte de puerta a puerta[17]. En sus períodos de sesiones 36º, 37º y 38º, celebrados en 2003, 2004 y 2005, respectivamente, la Comisión tomó nota de la complejidad del proceso de preparación del proyecto de convenio y autorizó, a título excepcional, que la duración de los períodos de sesiones del Grupo de Trabajo fuera de dos semanas[18].

194. En su 39º período de sesiones, la Comisión tomó nota con reconocimiento de los progresos realizados por el Grupo de Trabajo en sus períodos de sesiones 16º (Viena, 28 de noviembre a 9 de diciembre de 2005) y 17º (Nueva York, 3 a 13 de abril de 2006) (véanse los documentos A/CN.9/591 y Corr.1, y A/CN.9/594, respectivamente).

---

[16] *Ibid.*, *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17* y corrección (A/56/17 y Corr.3), párr. 345.

[17] *Ibid.*, *quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/57/17), párr. 224.

[18] *Ibid.*, *quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/58/17), párr. 208; *Ibid.*, *quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/59/17), párr. 133; e *Ibid.*, *sexagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/60/17), párr. 238.

195. Se informó a la Comisión de que el Grupo de Trabajo había proseguido la segunda lectura del proyecto de convenio en sus períodos de sesiones 16º y 17º y había logrado avanzar en relación con varias cuestiones difíciles, entre ellas las relativas a la vía judicial, las obligaciones del cargador en el arbitraje, la entrega de las mercancías, incluido el período de responsabilidad del porteador, el derecho de control, la entrega al consignatario, el ámbito de aplicación y la autonomía contractual y los títulos de transporte y los documentos electrónicos de transporte. El Grupo de Trabajo también había estudiado el tema de la transferencia de derechos y, más en general, la cuestión de si el examen de alguno de los temas sustantivos actualmente incluidos en el proyecto de convenio debería aplazarse para hacerlo en el marco de un posible instrumento futuro. Además, se informó a la Comisión de que la Secretaría había facilitado el comienzo de las consultas que actualmente estaban en marcha entre expertos del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) y expertos del Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación), en la esperanza de que pudiera llegarse a un acuerdo sobre las disposiciones del proyecto de convenio relativas al arbitraje.

196. Se informó a la Comisión de que, con miras a seguir agilizando el intercambio de opiniones, la formulación de propuestas y el logro de consenso en el marco de los preparativos para las lecturas tercera y última del proyecto de convenio, algunas delegaciones que participaron en los períodos de sesiones 16º y 17º del Grupo de Trabajo habían seguido adelante con su iniciativa de celebrar consultas oficiosas para continuar el debate entre los períodos de sesiones del Grupo de Trabajo.

197. Se expresaron ciertas reservas por la regulación en el proyecto de convenio de las cuestiones relativas al ámbito de aplicación y la autonomía contractual. Se estimó que la libertad otorgada a las partes en contratos de volumen para hacer excepciones a las disposiciones del proyecto de convenio constituía una desviación importante respecto del régimen legal instituido en los convenios sobre el derecho del transporte. Se arguyó que, habida cuenta de la amplia definición de los contratos de volumen en el artículo 1 del proyecto de convenio, la autonomía contractual posiblemente abarcara casi todo el transporte de mercancías efectuado por buques de línea que entrara en el ámbito del proyecto de convenio. Se argumentó además que las condiciones para excluir en forma válida la aplicación de disposiciones del proyecto de convenio no requerían el consentimiento expreso de ambas partes, lo cual, se dijo, entrañaba la posibilidad de que pudieran presentarse a los cargadores contratos modelo que tuvieran cláusulas encaminadas a excluir la aplicación de disposiciones.

198. Se apoyaron esas reservas y se respaldó la necesidad de que las examinara el Grupo de Trabajo. Sin embargo, también hubo objeciones en relación con la crítica de la regulación de la autonomía contractual, así como con la caracterización de los presuntos problemas creados por el proyecto de convenio. A ese respecto, se puso de relieve que la autonomía contractual era un importante elemento que favorecía el equilibrio global del proyecto de convenio y que el texto actual era fruto del acuerdo a que había llegado el Grupo de Trabajo tras extensas deliberaciones.

199. La Comisión tomó nota de las reservas expresadas acerca de la regulación en el proyecto de convenio de las cuestiones del ámbito de aplicación y de la autonomía contractual, y de la propuesta presentada conjuntamente por Australia y Francia sobre la autonomía contractual en los contratos de volumen, enunciada en el

documento A/CN.9/612, así como de la expresión de apoyo a los actuales proyectos de disposición. La Comisión consideró que el Grupo de Trabajo era el foro apropiado para examinar esos aspectos sustantivos en la etapa actual y expresó la esperanza de que el Grupo de Trabajo atendiera esas preocupaciones en las deliberaciones en curso sobre el proyecto de convenio. La Comisión tomó nota de las opiniones expresadas por varias delegaciones en el sentido de que era preciso que el resultado de las deliberaciones gozara de una amplia aceptación internacional.

200. Con respecto al posible calendario para finalizar el proyecto de convenio, se informó a la Comisión de que el Grupo de Trabajo preveía concluir la segunda lectura del proyecto de convenio a finales de 2006 y la última lectura a finales de 2007, con vistas a presentarlo para su finalización por la Comisión en 2008. La Comisión convino en que 2008 era un objetivo deseable para ultimar el proyecto, pero que en la presente etapa no convenía fijar un plazo firme. Tras observar la complejidad y la magnitud de la labor requerida para preparar el proyecto de convenio, la Comisión autorizó que los períodos de sesiones del Grupo de Trabajo tuvieran una duración de dos semanas (en relación con los dos próximos períodos del Grupo de Trabajo, véase el párrafo 273 c) *infra*).

VII. Posible labor futura en materia de comercio electrónico

201. En su 38º período de sesiones, celebrado en 2005, la Comisión estudió la posibilidad de ocuparse en el futuro del tema del comercio electrónico basándose en una nota presentada por la Secretaría en cumplimiento del mandato de la Comisión de coordinar las iniciativas internacionales para la armonización de la legislación en el ámbito del derecho mercantil internacional (A/CN.9/579)[19]. En dicha nota, la Secretaría había resumido la labor realizada por otras organizaciones en diversas esferas relacionadas con el comercio electrónico; esa diversidad era una indicación de los distintos elementos que se requieren para instaurar un marco jurídico favorable al comercio electrónico[20].

202. En aquella ocasión, la Comisión acogió con beneplácito la información proporcionada en la nota de la Secretaría y confirmó la utilidad de esta visión panorámica multisectorial de las actividades, desde la perspectiva tanto de su labor de coordinación como del servicio de información que cabría prestar a los Estados Miembros. La Comisión pidió a la Secretaría que preparara un estudio más detallado, con objeto de examinarlo en su 39º período de sesiones de 2006, en el que se recogieran propuestas sobre la forma y la naturaleza de un documento general de referencia que la Comisión tal vez pudiera plantearse preparar en el futuro con miras a prestar asistencia a los legisladores y a las autoridades normativas de todo el mundo[21].

203. En su 39º período de sesiones, la Comisión tenía a su disposición una nota preparada por la Secretaría atendiendo a lo solicitado (A/CN.9/604). En la nota se especificaban, como posibles componentes de un documento general de referencia,

---

[19] *Ibid.*, *sexagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/60/17), párrs. 213 a 215.
[20] *Ibid.*, párr. 213.
[21] *Ibid.*, párr. 214.

las siguientes cuestiones: a) la autenticación y el reconocimiento transfronterizo de las firmas electrónicas; b) la responsabilidad y las normas de conducta para los proveedores de servicios de información; c) la facturación electrónica y las cuestiones jurídicas que plantean las cadenas de suministro en el comercio electrónico; d) la transferencia de derechos sobre bienes corporales y de otros derechos a través de comunicaciones electrónicas; e) la competencia desleal y las prácticas comerciales engañosas en el comercio electrónico; y f) la protección de la vida privada y de los datos en el comercio electrónico. En la nota se indicaban también otras cuestiones que cabría incluir en tal documento, aunque de forma más sucinta: a) la protección de los derechos de propiedad intelectual; b) las comunicaciones electrónicas no solicitadas (spam); y c) la ciberdelincuencia.

204. La Comisión acogió con beneplácito la información y las propuestas presentadas por la Secretaría. La Comisión reiteró su convencimiento de que la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas[22], y la Convención sobre los Contratos Electrónicos, constituían una buena base para que los Estados facilitaran el comercio electrónico, pero en esos instrumentos solo se abordaba un número limitado de cuestiones.

205. En la Comisión se dio apoyo a la opinión de que la tarea de los legisladores y de las autoridades normativas, en particular en los países en desarrollo, podría verse facilitada en gran medida por un documento general de referencia que elaborara la Comisión en el que se trataran las cuestiones especificadas por la Secretaría. Se argumentó también que ese documento podría ayudar a la Comisión a determinar ámbitos en los que podría emprender una labor de armonización en el futuro.

206. Sin embargo, recibió apoyo también la opinión según la cual la lista de cuestiones enunciadas por la Secretaría era demasiado amplia y tal vez conviniera reducir el alcance del documento general de referencia. Dada la diversidad de cuestiones de interés, se convino en que los Estados Miembros requerirían tal vez más tiempo, al menos para estudiar la conveniencia de una futura labor legislativa sobre esas cuestiones y su posible alcance, y en que la Comisión aplazara, hasta su 40º período de sesiones en 2007, su decisión final sobre los temas que habría de comprender el documento. Además, la Comisión convino en que su decisión final a este respecto podría verse facilitada si pudiera examinar una parte de muestra del documento general de referencia dedicada a un tema concreto. Por consiguiente, la Comisión pidió a la Secretaría que preparara un documento que tratara en concreto de cuestiones relacionadas con la autenticación y el reconocimiento transfronterizo de las firmas electrónicas, y que se lo presentara para su examen en su 40º período de sesiones, en 2007.

---

[22] *Ibid.*, *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17* y corrección (A/56/17 y Corr.3), anexo II, y publicación de las Naciones Unidas (núm. de venta S.02.V.8), que contiene también la Guía para la incorporación al derecho interno que acompaña a la Ley Modelo.

VIII. Posible labor futura en la esfera del régimen de la insolvencia

207. La Comisión tuvo a su disposición una nota de la Secretaría (A/CN.9/596) en la que se informaba sobre el coloquio internacional que tuvo lugar en Viena del 14 al 16 de noviembre de 2005 con objeto de examinar una serie de propuestas que se habían presentado a la Comisión en su 38º período de sesiones, en 2005 (A/CN.9/582 y adiciones 1 a 7)[23], sobre la labor futura que cabía emprender en relación con el régimen de la insolvencia, concretamente sobre la regulación de los grupos de sociedades en la insolvencia, los protocolos de insolvencia transfronterizos en casos transnacionales, la financiación posterior a la apertura del procedimiento en caso de reorganización de empresas de ámbito internacional, las responsabilidades y obligaciones del personal directivo y de los gerentes de una empresa en casos de insolvencia y preinsolvencia, y el fraude comercial y la insolvencia. La Comisión también tomó nota del documento A/CN.9/597.

208. La Comisión expresó su reconocimiento por la organización del coloquio, tomando nota de los temas que se habían examinado y de las cuestiones que se habían planteado. Con respecto a las propuestas formuladas por la Secretaría sobre la posible labor futura, la Comisión recordó, en particular, que la cuestión del tratamiento que habría que dar a los grupos de sociedades en la insolvencia ya se había planteado en el contexto de la elaboración de la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia, y que la regulación de esta cuestión en la Guía sobre la Insolvencia se limitaba a una breve introducción, como era el caso en el tratamiento dado a los grupos de sociedades en la insolvencia, o se limitaba al régimen nacional de la insolvencia, como en el caso de la financiación posterior a la apertura del procedimiento. Se reconoció que si se emprendía una labor más a fondo sobre estas dos cuestiones se desarrollaría y se complementaría la labor ya concluida por la Comisión. La Comisión observó asimismo que la propuesta relativa a los protocolos de insolvencia transfronterizos guardaba una estrecha relación complementaria con el fomento y la utilización de un texto, a saber, la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza[24], que ya se había adoptado en 11 Estados y que suscitaba un creciente interés y debates cada vez más intensos. Por consiguiente, era apropiado estudiar la forma en que podría facilitarse la aplicación de las disposiciones sobre coordinación y cooperación de la Ley Modelo poniendo a la disposición de los círculos internacionales competentes la experiencia legislativa y judicial acumulada por los países en la negociación y utilización de los protocolos y en lo relativo a su contenido.

209. Tras examinar la cuestión, la Comisión convino en que:

a) El tratamiento que se daba a los grupos de sociedades en la insolvencia (Régimen de la Insolvencia) estaba ya lo suficientemente desarrollado para remitir el tema al Grupo de Trabajo V a fin de que lo examinara en 2006, y debería darse a ese Grupo de Trabajo la flexibilidad necesaria para formular recomendaciones

---

[23] *Ibid.*, *sexagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/60/17), párrs. 209 y 210.

[24] *Ibid.*, *quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/52/17), anexo I y publicación de las Naciones Unidas (núm. de venta S.99.V.3), que contiene también la Guía para la incorporación al derecho interno que acompaña a la Ley Modelo.

apropiadas a la Comisión sobre el alcance de su futura labor y la forma que debía revestir, en función del contenido de las soluciones que propusiera el Grupo de Trabajo frente a los problemas que determinara en relación con el tema;

b) La financiación posterior a la apertura del procedimiento debería considerarse inicialmente un componente de la labor que habría que emprender con respecto a la insolvencia de grupos de sociedades, y debería darse al Grupo de Trabajo suficiente flexibilidad para examinar eventuales propuestas de trabajo sobre aspectos suplementarios de tema;

c) La labor inicial de recopilación de la experiencia práctica registrada en la negociación y utilización de los protocolos de insolvencia transfronterizos debería facilitarse oficiosamente a través de consultas con jueces y profesionales de la insolvencia. Debería presentarse a la Comisión, en su 40º período de sesiones en 2007, un informe preliminar sobre los progresos realizados en esta labor para que los examinara;

d) La Secretaría debería actuar con flexibilidad al organizar la labor que debería emprenderse con respecto a los temas b) y c), cuando procediera, habida cuenta de los recursos limitados de que se dispone;

e) Debería seguirse la labor emprendida por otras organizaciones sobre el tema de las obligaciones del personal directivo y de los gerentes en las fases de insolvencia y preinsolvencia, así como en la insolvencia y el fraude comercial, a fin de facilitar el examen de la labor que pudiera iniciar en el futuro la Comisión.

210. La Comisión señaló que se había examinado el tema de si las cuestiones de insolvencia podían someterse a arbitraje, así como el de la utilización de otros procesos alternativos de resolución de controversias (como la mediación y la facilitación) en la insolvencia, como posibles temas para la labor futura que emprendiera el Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación), con la colaboración del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) (véanse los párrafos 183 y 185 a 187 *supra*).

IX. Posible labor futura en materia de fraude comercial

211. La Comisión tuvo a su disposición una nota de la Secretaría (A/CN.9/600) en la que se le informaba acerca de la labor futura posible y en curso en materia de fraude comercial. La Comisión recordó que ya había examinado el tema del fraude comercial en sus períodos de sesiones 35º a 38º, celebrados del 2002 al 2005[25].

212. Se recordó que, en su 37º período de sesiones, celebrado en 2004, la Comisión había convenido en que la Secretaría facilitara, cuando procediera, el estudio de ejemplos de fraude comercial en el contexto particular de los proyectos que abordara la Comisión, a fin de que los delegados que se ocuparan de esos proyectos

---

[25] *Ibid.*, *quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/57/17), párrs. 279 a 290; *quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/58/17), párrs. 231 a 241; *quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/59/17), párrs. 108 a 112, *sexagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/60/17), párrs. 216 a 220.

pudieran tener en cuenta el problema del fraude en sus deliberaciones. Además, y con fines de educación, capacitación y prevención, la Comisión convino en que la preparación de listas de las estratagemas o rasgos distintivos que caracterizaban a las operaciones fraudulentas más comunes podía ser algo instructivo para los participantes en el comercio internacional y demás entidades que pudieran ser blanco de los autores de actos fraudulentos, ya que esas listas les ayudarían a protegerse y a evitar caer víctimas de las estratagemas fraudulentas. Aunque no se propuso que la propia Comisión o sus grupos de trabajo intergubernamentales participaran directamente en esa actividad, se acordó que la Secretaría estudiara la posibilidad de preparar, en estrecha consulta con los expertos, materiales que contuvieran listas de las características comunes de las estratagemas fraudulentas habituales y que mantuviera a la Comisión informada de los progresos que se realizaran a ese respecto[26].

213. En su 38º período de sesiones, celebrado en 2005, se señaló a la Comisión la resolución 2004/26, aprobada por el Consejo Económico y Social el 21 de julio de 2004, titulada "Cooperación internacional en materia de prevención e investigación del fraude, la falsificación de identidad y su uso indebido con fines delictivos, y los delitos conexos, y enjuiciamiento y castigo de sus autores"[27]. En aquel período de sesiones se informó a la Comisión que, en cumplimiento de esa resolución, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito había convocado una reunión de un grupo intergubernamental de expertos que se celebraría los días 17 y 18 de marzo de 2005 a fin de preparar un estudio sobre el fraude y la falsificación de identidad y su uso indebido con fines delictivos, y de elaborar, a partir de ese estudio, prácticas, directrices u otros materiales relevantes, teniendo en cuenta, en particular, la labor pertinente de la CNUDMI. La Comisión tomó nota de que los resultados de esa reunión se habían presentado a la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal en su 14º período de sesiones (Viena, 23 a 27 de mayo de 2005; véase el documento E/CN.15/2005/11) y de que los participantes en la citada reunión habían convenido en que se hiciera un estudio del problema sobre la base de la información recibida en respuesta a un cuestionario sobre el fraude y la falsificación de identidad y su uso indebido con fines delictivos. Se informó asimismo a la Comisión de que su secretaría había participado en la reunión del grupo de expertos y la Comisión expresó su apoyo a la asistencia de la secretaría de la CNUDMI en el proyecto de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito[28].

214. En su 39º período de sesiones, la Comisión escuchó un informe de la Secretaría sobre la marcha de la labor relativa a los materiales con las listas de las estratagemas o rasgos distintivos que caracterizaban a las operaciones fraudulentas más comunes, cuyos fines principales eran los siguientes: a) la elaboración de materiales que pusieran de manifiesto las pautas y las características del fraude comercial de manera que se alentara al sector privado a movilizar sus recursos para luchar contra el fraude comercial en forma organizada y sistemática; b) prestar asistencia a las entidades gubernamentales para que comprendieran cómo podrían

---

[26] *Ibid.*, *quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/59/17), párrs. 110 a 112.

[27] *Ibid.*, *sexagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/60/17), párr. 217.

[28] *Ibid.*, párrs. 218 y 219.

ayudar a los sectores público y privado a resolver el problema del fraude comercial, y c) prestar ayuda a las autoridades penales para que comprendieran cuál era la mejor manera de hacer participar al sector privado en la lucha contra el fraude comercial. La Comisión tomó nota del formato sugerido para la preparación de los rasgos comunes de los planes fraudulentos tal como figuraba en el párrafo 14 del documento A/CN.9/600, y del hecho de que los materiales que se prepararan podían contener otras cosas, como, por ejemplo, un glosario de los términos comúnmente utilizados o explicaciones acerca de la forma de ejercer eficazmente la debida diligencia (A/CN.9/600, párr. 16).

215. También se informó a la Comisión de que la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito había presentado a la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal en su 15º período de sesiones (Viena, 24 a 28 de abril de 2006; véase el documento E/CN.15/2006/11 y Corr.1), un informe sobre la marcha de la labor relativa al estudio del fraude y la falsificación de identidad y su uso indebido con fines delictivos y delitos conexos y que se preveía que el estudio se presentaría a dicha Comisión en su 16º período de sesiones, que se celebraría en 2007. La secretaría de la CNUDMI había colaborado con la secretaría de la Oficina en la redacción y difusión del cuestionario con vistas a la preparación de ese estudio.

216. Se formularon declaraciones en el sentido de que el fraude comercial obstaculizaba el comercio legítimo y menoscababa la confianza en las prácticas e instrumentos contractuales establecidos. Con ese trasfondo, se dijo que la perspectiva compromisoria y de derecho privado de la CNUDMI y sus conocimientos especializados eran necesarios para comprender plenamente el problema del fraude comercial y resultaban sumamente útiles para elaborar medidas encaminadas a combatirlo. Se expresó reconocimiento por la labor de la secretaría de la CNUDMI en esta esfera, así como por su cooperación con la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Se hicieron declaraciones en el sentido de que debería prestarse especial atención al creciente empleo de Internet por parte de los autores de actos fraudulentos y a la utilización de las operaciones comerciales para el blanqueo de capitales.

217. La Comisión se declaró de acuerdo con esas declaraciones y concluyó que su secretaría debía proseguir, en colaboración con expertos y otras organizaciones interesadas, su labor sobre la identificación de las estratagemas o rasgos distintivos que caracterizaban a las operaciones fraudulentas con vistas a someter a la consideración de la Comisión, en un período de sesiones futuro, materiales de carácter preliminar o definitivo, seguir cooperando con la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito en su estudio sobre el fraude y la falsificación de la identidad y su uso indebido con fines delictivos y delitos conexos, y mantener informada a la Comisión acerca de la marcha de esa labor.

X. Seguimiento de la aplicación de la Convención de Nueva York

218. La Comisión recordó que, en su 28º período de sesiones, celebrado en 1995, había aprobado un proyecto, que se emprendió en colaboración con el Comité D (conocido ahora como Comité del Arbitraje) de la Asociación Internacional de Abogados, cuya finalidad era seguir de cerca la aplicación legislativa de la Convención de Nueva York[29]. La Secretaría presentó a la Comisión, en su 38º período de sesiones, en 2005, un informe preliminar (A/CN.9/585), en el que se exponían las cuestiones planteadas en las respuestas recibidas al cuestionario distribuido en el marco del proyecto[30].

219. Se recordó también que, en ese período de sesiones, la Comisión acogió con satisfacción los progresos que reflejaba el informe preliminar, y señaló que el esquema general de las respuestas recibidas servía para facilitar las deliberaciones sobre las próximas medidas que habría que adoptar y ponía de relieve los aspectos de incertidumbre respecto de los cuales podría recabarse más información de los Estados partes o bien realizar nuevos estudios. Se indicó que una posible medida futura podría ser la elaboración de una guía legislativa a fin de limitar el riesgo de que las prácticas de los Estados se apartaran del espíritu de la Convención de Nueva York[31].

220. En su 39º período de sesiones, la Comisión tomó nota de una exposición oral hecha por la Secretaría acerca de las preguntas adicionales que se proponía formular a los Estados (que se reseñaban en el documento A/CN.9/585, párr. 73) a fin de obtener más información de carácter general sobre diversos aspectos de la aplicación de la Convención de Nueva York, inclusive la legislación, la jurisprudencia y la práctica. La Comisión convino en que el proyecto tuviera por finalidad elaborar una guía legislativa, con miras a promover una interpretación uniforme de la Convención de Nueva York. Tras deliberar, la Comisión reafirmó las decisiones adoptadas en su 38º período de sesiones en 2005 en el sentido de que se dejara a la Secretaría cierto margen de flexibilidad a la hora de determinar el plazo para la finalización del proyecto, así como el nivel de detalle del informe que la Secretaría sometería en su momento al examen de la Comisión[32].

XI. Asistencia técnica para la reforma legislativa

A. Actividades de asistencia técnica

221. La Comisión tuvo a su disposición una nota de la Secretaría (A/CN.9/599) en la que se describían las actividades de asistencia técnica emprendidas con posterioridad a la fecha de la nota sobre asistencia técnica que se presentó a la Comisión en su 38º período de sesiones, en 2005 (A/CN.9/586). La Comisión destacó la importancia de esa cooperación técnica y expresó su reconocimiento a la

---

[29] *Ibid.*, *quincuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/50/17), párrs. 401 a 404.
[30] *Ibid.*, *sexagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/60/17), párr. 189.
[31] *Ibid.*, párrs. 190 y 191.
[32] *Ibid.*, párr. 191.

Secretaría por las actividades emprendidas que se reseñan en los párrafos 8 a 14 del documento A/CN.9/599.

222. La Comisión señaló que la posibilidad de que se pudiera prestar continuamente asistencia técnica atendiendo a las solicitudes concretas formuladas por los Estados dependía de la disponibilidad de fondos para cubrir gastos conexos de la CNUDMI, y reiteró su llamamiento a todos los Estados, organizaciones internacionales y otras entidades interesadas a plantearse la posibilidad de aportar contribuciones al Fondo Fiduciario de la CNUDMI para la organización de simposios, de ser posible, en forma de contribuciones plurianuales o como contribuciones con fines específicos, a fin de facilitar la planificación y de permitir que la Secretaría atienda las crecientes peticiones de los países en desarrollo y de los países con economías en transición que requieren capacitación y asistencia técnica legislativa. La Comisión expresó su agradecimiento a los Estados que habían contribuido al Fondo desde el 38º período de sesiones, a saber, México y Singapur, así como a las organizaciones que habían contribuido al programa facilitando fondos o personal o acogiendo seminarios.

223. La Comisión hizo un llamamiento a los órganos pertinentes del sistema de las Naciones Unidas, así como a organizaciones, instituciones y particulares, para que hicieran contribuciones voluntarias al fondo fiduciario establecido con objeto de ayudar a sufragar los gastos de viaje de los representantes de los países en desarrollo que fueran miembros de la Comisión, poniendo de relieve que desde su 38º período de sesiones no se había recibido ninguna contribución destinada a ese fondo fiduciario.

B. Recursos para la asistencia técnica

224. La Comisión tomó nota con reconocimiento de la continua labor realizada en el marco del sistema establecido para recopilar y difundir jurisprudencia basada en textos de la CNUDMI (serie de documentos CLOUT). Hasta el 4 de abril de 2006 se habían preparado para su publicación 54 números de la serie CLOUT, en los que se reseñaban 604 casos, en su mayoría relacionados con la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa y con la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Arbitraje.

225. Se convino en general que la serie de documentos CLOUT continuaba representando un importante aspecto de las actividades generales de asistencia técnica emprendidas por la CNUDMI y que la amplia difusión de los documentos de esa serie en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas promovía la interpretación y aplicación uniformes de los textos de la CNUDMI. La Comisión expresó su reconocimiento a los corresponsales nacionales por su labor de selección de las sentencias y laudos y de preparación de los resúmenes de casos.

226. La Comisión señaló que se estaba revisando y corrigiendo el compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, publicado en diciembre de 2004, y que se estaba ultimando, para su publicación, el primer proyecto de compendio de jurisprudencia relacionada con la Ley Modelo sobre el Arbitraje.

227. La Comisión indicó también las novedades con respecto al sitio de la CNUDMI en Internet (www.uncitral.org), poniendo de relieve su importancia como componente del programa general de información y de actividades de asistencia técnica, expresando su agradecimiento por el hecho de que estuviera disponible en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas y alentando a la Secretaría a mantener y a mejorar ese sitio de conformidad con las directrices existentes.

228. La Comisión tomó nota de la evolución con respecto a la Biblioteca Jurídica de la CNUDMI y a las publicaciones de la Comisión. En relación con el Anuario de la CNUDMI, la Comisión alentó a la Secretaría a que adoptara medidas para reducir los costos de su elaboración y las demoras en su publicación, al tiempo que destacó la importancia de los Anuarios como medio para divulgar información sobre la labor de la CNUDMI.

C. Futuras actividades

229. La Comisión señaló que se había informado a las misiones permanentes ante las Naciones Unidas en Viena sobre los objetivos y la planificación de las actividades de asistencia técnica de la CNUDMI y que la Secretaría estaba adoptando nuevas medidas para reforzar los vínculos con esas misiones permanentes a fin de facilitar la determinación de las necesidades nacionales y regionales de asistencia técnica.

XII. Situación y promoción de los textos jurídicos de la CNUDMI

230. La Comisión examinó la situación de las convenciones y las leyes modelo dimanantes de su labor, así como la situación de la Convención de Nueva York, basándose en una nota de la Secretaría (A/CN.9/601), actualizada con la información disponible en el sitio de la CNUDMI en Internet. La Comisión tomó nota con reconocimiento de las nuevas medidas y actos de promulgación que habían adoptado algunos Estados y territorios desde su 38º período de sesiones con respecto a los instrumentos siguientes:

a) Convención [no enmendada] sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías (Nueva York, 1974)[33]. Nueva medida adoptada por Liberia; 26 Estados Parte;

b) Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías, en su forma enmendada (Nueva York, 1980)[34]. Nueva medida adoptada por Liberia; 19 Estados Parte;

c) Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías (Hamburgo, 1978)[35]. Nuevas medidas adoptadas por Liberia y el Paraguay; 31 Estados Parte;

---

[33] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1511, núm. 26119.
[34] *Ibid.*, núm. 26121, y publicación de las Naciones Unidas (núm. de venta S.95.V.13).
[35] *Ibid.*, vol. 1695, núm. 29215, y publicación de las Naciones Unidas (núm. de venta S.95.V.14).

d) Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980). Nuevas medidas adoptadas por Liberia y el Paraguay; 67 Estados Parte;

e) Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales (Nueva York, 1998)[36]. Nueva medida adoptada por Liberia; cinco Estados Parte;

f) Convenio de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional (Viena, 1991)[37]. Nueva medida adoptada por el Paraguay; cuatro Estados Parte;

g) Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente (Nueva York, 1995)[38]. Nueva medida adoptada por Liberia; ocho Estados Parte;

h) Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional, (Nueva York, 2001)[39]. Nueva medida adoptada por Liberia; un Estado Parte;

i) Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (Nueva York, 2005). Nuevas medidas adoptadas por el Líbano, la República Centroafricana y el Senegal[40];

j) Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958). Nuevas medidas adoptadas por Liberia y el Pakistán; 137 Estados Parte;

k) Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985). Nueva legislación aprobada en Austria, Dinamarca, Nicaragua, Noruega, Polonia y Turquía, así como en el estado de Luisiana de los Estados Unidos de América, tomando como base la Ley Modelo;

l) Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996). Nueva legislación basada en las disposiciones de la Ley Modelo aprobada por China, por el estado de Alberta en el Canadá, por Sri Lanka, y en los Estados Unidos, por los estados de Alaska y Carolina del Sur;

---

[36] Resolución 43/165 de la Asamblea General, anexo, y publicación de las Naciones Unidas (núm. de venta S.95.V.16).

[37] *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional, Viena, 2 a 19 de abril de 1991* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.93.XI.3), parte I, documento A/CONF.152/13, anexo.

[38] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2169, núm. 38030, y publicación de las Naciones Unidas (núm. de venta S.97.V.12).

[39] Resolución 56/81 de la Asamblea General, anexo, y publicación de las Naciones Unidas (núm. de venta S.04.V.14).

[40] Resolución 60/21 de la Asamblea General, anexo. Sobre las medidas adoptadas por China, Singapur y Sri Lanka durante el acto especial celebrado el 6 de julio de 2006 paralelamente al 39º período de sesiones de la Comisión, que incluyó la firma de la Convención sobre los Contratos Electrónicos, véase el párrafo 266 del presente informe.

m) Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (1997). Nueva legislación aprobada tomando como base las disposiciones de la Ley Modelo en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, en las Islas Vírgenes Británicas (territorio ultramarino del Reino Unido) y en Serbia;

n) Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas (2001). Nueva legislación aprobada en China tomando como base la Ley Modelo;

o) Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (2002)[41]. Legislación promulgada en el Canadá, Croacia, Hungría y Nicaragua, tomando como base la Ley Modelo. Legislación uniforme influida por la Ley Modelo y sus principios básicos preparada en los Estados Unidos y promulgada por los estados de Illinois, Iowa, Nebraska, Nueva Jersey, Ohio y Washington.

231. La Comisión tomó nota de que la Secretaría había terminado la nota explicativa (A/CN.9/608 y Add.1 a Add.4) relativa a la Convención sobre los Contratos Electrónicos. La Comisión expresó su reconocimiento a la Secretaría por la nota explicativa y le pidió que la publicara y distribuyera ampliamente, posiblemente como publicación objeto de venta.

XIII. Coordinación y cooperación

A. Generalidades

232. En su 39º período de sesiones, la Comisión tuvo a su disposición una nota de la Secretaría (A/CN.9/598) en la que se hacía un breve examen de las actividades de las organizaciones internacionales para armonizar el derecho mercantil internacional, centrado en la labor relativa al derecho sustantivo, así como otras dos notas sobre esferas concretas de actividad, a saber, la contratación pública (A/CN.9/598/Add.1) y las garantías reales (A/CN.9/598/Add.2) (para un examen de los debates, véanse los párrafos 192 *supra* y 235 a 251 *infra*). La Comisión elogió a la Secretaría por la preparación de esos informes, reconociendo el valor que tenían para la coordinación de las actividades de las organizaciones internacionales en la esfera del derecho mercantil internacional, y acogió favorablemente la revisión anual de ese examen.

233. Se recordó que, en su 37º período de sesiones, celebrado en 2004, la Comisión había convenido en general en que adoptaría una actitud más dinámica, por conducto de su secretaría, para desempeñar su función de coordinación[42]. Recordando el apoyo prestado muy recientemente por la Asamblea General, en el párrafo 4 de su resolución 60/20, de 23 de noviembre de 2005, a los esfuerzos e iniciativas de la CNUDMI en la coordinación de las actividades de las organizaciones internacionales en materia de derecho mercantil internacional (véase el párrafo 260 *infra*), la Comisión tomó nota con satisfacción de que la Secretaría estaba adoptando

---

[41] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/57/17), anexo I, y publicación de las Naciones Unidas (núm. de venta S.05.V.4).

[42] *Ibid.*, *quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/59/17), párrs. 113 a 115.

medidas para iniciar un diálogo sobre las actividades, tanto legislativas como de asistencia técnica, con una serie de organizaciones, inclusive el Banco Mundial, la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, el Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial, el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Instituto de Derecho Internacional, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), el Mercado Común para África Oriental y Meridional y la Organización de los Estados Americanos (OEA). La Comisión observó que esa labor comportaba a menudo la realización de viajes para asistir a las reuniones de esas organizaciones, así como gastos con cargo a los fondos asignados para viajes oficiales. La Comisión reiteró la importancia de las actividades de coordinación que estaba realizando la CNUDMI en su calidad de órgano jurídico central del sistema de las Naciones Unidas en el campo del derecho mercantil internacional y apoyó la utilización de fondos para viajes con ese fin.

234. En respuesta a una solicitud del UNIDROIT, la Secretaría propuso que se distribuyera a los Estados la actual edición de los Principios del UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales[43], con miras a su posible aprobación por la Comisión en el 40º período de sesiones, que se celebraría en 2007. Tras un debate, la Comisión se declaró de acuerdo con la propuesta y observó que la distribución de esa publicación facilitaría la coordinación entre ambas organizaciones y serviría de ayuda a los Estados que no eran miembros del UNIDROIT, así como a otros usuarios cuando utilizaran los Principios del UNIDROIT en su labor legislativa y de otra índole.

B. Coordinación y cooperación en materia de legislación sobre financiación garantizada

235. La Comisión tuvo a su disposición una nota de la Secretaría sobre las actividades que estaban llevando a cabo ciertas organizaciones internacionales con miras a la armonización y la unificación del derecho que rige las garantías reales (A/CN.9/598/Add.2).

1. Proyecto de Convenio del UNIDROIT sobre el régimen sustantivo aplicable en materia de valores depositados en poder de un intermediario

236. La Comisión tomó nota con reconocimiento de la cooperación que mantenía la secretaría del UNIDROIT y la secretaría de la CNUDMI con miras a armonizar el proyecto de convenio del UNIDROIT sobre el régimen sustantivo aplicable en materia de valores depositados en poder de intermediarios (en adelante, "el proyecto de convenio sobre los valores") y el proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas (véase el capítulo III *supra*). Tomando nota de su anterior decisión de excluir la constitución de garantías reales sobre valores, la Comisión examinó ciertas excepciones que podría considerar su Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales). Se estimó que habría que reformular la propuesta enunciada en el párrafo 11 del documento A/CN.9/598/Add.2 limitando su alcance, a fin de adaptarlo a las excepciones que aprobara la Comisión.

---

[43] Disponible a partir de la fecha de preparación del presente informe en www.unidroit.org/english/principles/contracts/main.htm.

237. En particular, se señaló que una garantía real sobre valores, como bienes gravados originales o el producto, que se constituyera y adquiriera eficacia frente a terceros en virtud del proyecto de convenio del UNIDROIT sobre los valores, gozaría de prelación sobre una garantía real concurrente sobre los valores que fueran producto de un bien que entrara en el ámbito legislativo basado en el proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas. Del mismo modo, se observó que una garantía real sobre un crédito por cobrar o cualquier otro bien que entrara en el ámbito del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI como bien gravado original debería tener prelación sobre una garantía real concurrente constituida sobre un crédito por cobrar u otro bien que fuera producto de los valores. Se indicó también que una garantía real sobre valores que respaldara un crédito, un título negociable u otra obligación seguiría al crédito que respaldara, siempre que los derechos de los terceros, la prelación y la ejecución no se vieran afectados.

238. Se opinó en general que los puntos mencionados constituían una base aceptable para el debate entre las dos secretarías y los expertos de los grupos de trabajo pertinentes del UNIDROIT y de la CNUDMI con miras a llegar a un acuerdo sobre la regulación de las cuestiones que se solapan en ambos textos y sobre una exclusión bien definida de los valores del ámbito de aplicación del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas. Se afirmó que una de las ventajas de ese enfoque podría ser el hecho de que se evitara excluir del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas las cuestiones no abordadas en el proyecto de convenio del UNIDROIT sobre los valores, tales como las garantías reales sobre valores en poder de sus titulares. Se sostuvo que, por razones prácticas, las garantías reales sobre cuentas bancarias y las garantías reales sobre cuentas de valores deberían regularse, en la medida de lo posible, de la misma manera y con los mismos resultados.

2. El proyecto de ley modelo del UNIDROIT sobre arrendamiento con opción de compra (leasing)

239. La Comisión señaló que el UNIDROIT estaba preparando un proyecto de ley modelo sobre el arrendamiento con opción de compra (en adelante, “el proyecto de ley modelo del UNIDROIT”) que abarcaría tanto los arrendamientos operativos como los financieros (es decir, los arrendamientos que cumplieran fines de garantía), que se regulan en el proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas como mecanismos para la financiación de adquisiciones. Además, se señaló que en los debates entre las dos secretarías se había observado cierta preferencia por la posibilidad de asegurar que el proyecto de ley modelo del UNIDROIT remitiera al régimen de las operaciones garantizadas en lo relativo a los arrendamientos financieros y se coordinara con el proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas a fin de no imponer obstáculos a la legislación que se basara en el proyecto de guía. Además, se sostuvo que el proyecto de ley modelo del UNIDROIT resultaría particularmente beneficioso para los países de la región africana, habida cuenta de la necesidad de mejoras en sus infraestructuras.

240. Las delegaciones expresaron un amplio apoyo a la coordinación de esfuerzos que realizaban el UNIDROIT y la Comisión con el fin de garantizar la armonía entre el proyecto de ley modelo del UNIDROIT y el proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas. Según la opinión predominante, la cooperación entre las dos secretarías constituía un paso útil en la dirección correcta para definir un enfoque común que se pudiera proponer a los Estados.

241. Tras debatir, la Comisión pidió a la Secretaría que siguiera esforzándose por coordinar su labor con la del UNIDROIT a fin de asegurar la armonía entre el proyecto de ley modelo del UNIDROIT y el proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas.

3. Principios rectores del Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento (BERD) para la creación de un registro de gravámenes

242. La Comisión tomó nota con interés de la publicación por el BERD de un conjunto de principios relativos a los registros de garantías reales. Se estimó que también la Comisión debería preparar un conjunto de principios análogo, teniendo en cuenta los principios del BERD, así como otros conjuntos similares de principios.

4. Propuesta de la Comisión Europea para la regulación del derecho aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)

243. Con respecto a la relación entre la propuesta de la Comisión Europea para la regulación del derecho aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (en adelante, "la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos"), la Comisión tomó nota con reconocimiento de que la Comisión Europea compartía las preocupaciones expresadas en la nota de la Secretaría (véase A/CN.9/598/Add.2, párr. 34) y admitía que la adopción, en un instrumento vinculante de la Unión Europea, de un enfoque de la cuestión del derecho aplicable a los efectos frente a terceros de las cesiones que difiriera del enfoque adoptado en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos menoscabaría la certidumbre que se había logrado a nivel internacional y podría tener repercusiones negativas en la disponibilidad y el costo del crédito. Además, la Comisión tomó nota con reconocimiento de que la Comisión Europea había expresado su buena disposición a cooperar estrechamente con la secretaría de la CNUDMI para garantizar, en la mayor medida posible, la coherencia entre ambos instrumentos y la facilitación de la ratificación por los Estados miembros de la Unión Europea de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

244. Se respaldó firmemente en la Comisión el establecimiento de una estrecha cooperación con la Comisión Europea a fin de asegurar la conformidad entre ambos textos y permitir la ratificación por los Estados miembros de la Unión Europea de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos. Se consideró en general que una regla internacionalmente uniforme sobre el derecho aplicable a los efectos frente a terceros de las cesiones aumentaría la certidumbre del régimen jurídico con respecto a importantes operaciones financieras y promovería la disponibilidad de crédito a un costo menor en todo el mundo.

245. Se señaló que, para que la reglamentación Roma I propuesta fuera coherente con la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos podría ser útil clarificar varias cuestiones, inclusive el hecho de que la norma relativa a las sucursales contenida en el párrafo 1) del artículo 18 de la Reglamentación Roma I no se aplicaría a las situaciones previstas en el párrafo 3) del artículo 13 de la Reglamentación.

246. A ese respecto, se expresó la preocupación de que, aun cuando era apropiado que la Secretaría formulara observaciones, no le incumbía a la Comisión, ni tampoco a los Estados Miembros ajenos a la Unión Europea (UE), hacer sugerencias acerca del proyecto de reglamentación de la Unión Europea en una etapa aún prematura del proceso. En respuesta a ello, se manifestó que, lejos de querer inmiscuirse en el proceso legislativo de la UE, la Comisión tenía un interés legítimo no solo en garantizar una amplia ratificación de un texto que emanaba de su propia labor, sino también, y principalmente, en evitar una situación en la que, a causa de contradicciones entre ambos textos, y de la falta de armonía y certidumbre en cuanto al régimen jurídico aplicable a importantes operaciones financieras, quedaría menoscabada toda la labor de la Comisión en esa esfera, resultado que podría perturbar los mercados financieros internacionales y producir efectos negativos sobre la oferta y el costo del crédito. También se observó que, en el contexto de las actividades de la Comisión, muchos Estados habían aceptado modificar su legislación a fin de beneficiarse de la armonización y unificación del derecho mercantil internacional. Por otra parte, se manifestó que el momento elegido para el examen de este tema por la Comisión era sumamente oportuno, ya que la reglamentación propuesta se encontraba aún en forma de proyecto y podrían tenerse en cuenta cualesquiera observaciones al respecto. Por las razones citadas, se consideró en general apropiado y útil que hubiera una coordinación.

247. Las delegaciones del Canadá y los Estados Unidos declararon que estaban adoptando conjuntamente medidas para aplicar y ratificar la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos. En ese contexto, se señaló que esos Estados estaban examinando las diferencias existentes entre esa Convención y sus legislaciones, así como los cambios que tenían que introducir en ellas (en particular, con respecto a la definición de “ubicación”) para beneficiarse de las normas legales uniformes de la Convención sobre la Cesión de Créditos. También se señaló que, en aras de la coordinación, esos Estados esperaban con interés poder examinar estas cuestiones con otros Estados.

248. La Comisión pidió a la Secretaría que siguiera cooperando estrechamente con la Comisión Europea a fin de garantizar la coherencia entre la reglamentación Roma I propuesta y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

5. Proyecto de la Organización de los Estados Americanos (OEA) sobre registros de garantías mobiliarias

249. La Comisión tomó nota con interés de un nuevo proyecto de la OEA para la inscripción de notificaciones en los registros de garantías mobiliarias que podrían aplicarse a los registros nacionales, subregionales y regionales que podrían ser utilizados por más de un Estado. Se señaló que los expertos interesados podrían participar en un foro basado en Internet con objeto de examinar esas cuestiones,

previa invitación de la secretaría de la OEA. La Comisión pidió a la Secretaría que siguiera de cerca el proyecto de la OEA y la informara oportunamente al respecto.

6. Labor de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre la financiación de la propiedad intelectual

250. Recordando su debate acerca de la labor futura en la esfera de la financiación de la propiedad intelectual (véanse los párrafos 81 a 84 y 86 *supra*), la Comisión tomó nota con reconocimiento de la cooperación existente entre la secretaría de la OMPI y la secretaría de la CNUDMI con respecto a la cuestión de la financiación de la propiedad intelectual.

7. Manual del Banco Mundial sobre la financiación garantizada

251. La Comisión tomó nota de los planes de la Dependencia de Análisis del Clima para la Inversión del Banco Mundial encaminados a preparar un manual sobre las operaciones garantizadas, y pidió a la Secretaría que siguiera de cerca la evolución del asunto y presentara oportunamente un informe al respecto a la Comisión, con miras a evitar toda duplicación de actividades, así como cualquier solapamiento y conflicto entre ese texto y el del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas que preparaba la Comisión.

C. Informes de otras organizaciones internacionales

1. Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT)

252. La Comisión escuchó una declaración formulada en nombre del UNIDROIT, en la que se informó acerca de los progresos realizados en varios proyectos, en particular los siguientes:

a) El Protocolo del Convenio de Ciudad del Cabo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico (Ciudad del Cabo, 2001)[44] había entrado en vigor el 1 de marzo de 2006, y ya se había instaurado, de conformidad con ese Convenio, la función de registro, que era supervisada por la Organización de Aviación Civil Internacional;

b) Se preveía que el segundo protocolo del Convenio de Ciudad del Cabo, relativo a la financiación de material ferroviario rodante, se aprobaría a principios de 2007; proseguía la negociación de un tercer protocolo, relativo a bienes espaciales, y estaban en curso los trabajos sobre un posible cuarto protocolo relativo a equipo agrícola, de construcción y de minería;

c) Se estaba considerando la posibilidad de publicar una tercera versión de los Principios del UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, que se preveía finalizar y aprobar en 2010;

d) En 2006 se celebraría otra reunión de expertos en relación con el proyecto de Convenio sobre el régimen sustantivo aplicable en materia de valores depositados en poder de un intermediario (véase el párrafo 236 *supra*), y se preveía

---

[44] Disponible a partir de la fecha de preparación del presente informe en www.unidroit.org/english/conventions/mobile-equipment/main.htm.

su posible aprobación o, según los progresos que se lograran, una nueva ronda de consultas en 2007;

e) Estaba listo para su aprobación el régimen uniforme de los contratos destinado a los Estados Partes en el Tratado sobre la armonización de la legislación empresarial en África (OHADA)[45];

f) También se contemplaba la aprobación de una ley modelo sobre el arrendamiento financiero internacional (véase el párrafo 239 *supra*).

253. La Comisión tomó nota de que Lituania se había convertido en el 61º miembro del UNIDROIT.

2. Consejo Asesor de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías

254. La Comisión escuchó una exposición hecha por el Consejo Asesor de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, una iniciativa internacional privada encaminada a promover una interpretación uniforme de la Convención conforme al artículo 7 de esta. Se informó a la Comisión de que se emitían opiniones consultivas previa solicitud o por propia iniciativa del Consejo, y se señaló que ya se habían emitido cinco opiniones consultivas y se estaban preparando varias más.

3. Banco de los Estados del África Central (BEAC)

255. Se informó a la Comisión de que el BEAC era un banco central subregional que estaba bajo la jurisdicción de la Comunidad Económica y Monetaria del África Central (CEMAC), de la que formaban parte seis Estados miembros. Se señaló que los Estados miembros de la CEMAC eran también miembros de la Organización para la Armonización de la Legislación Empresarial en África (OHADA). La Comisión tomó nota de que la CEMAC y la OHADA estaban modernizando sus legislaciones mercantiles, en particular en los campos de la insolvencia, las garantías y los medios de pago y de que, al igual que otras organizaciones regionales de integración jurídica, tenían el mandato de cooperar con la CNUDMI.

XIV. Congreso de 2007

256. La Comisión recordó que, en su 38º período de sesiones, en 2005, había aprobado el plan de celebrar, en el contexto de su 40º período de sesiones anual en Viena, en 2007, un congreso similar al Congreso sobre un derecho mercantil uniforme para el siglo XXI (Nueva York, 18 a 22 de mayo de 1992)[46]. La Comisión había previsto que en el congreso se examinaran los resultados del programa de trabajo llevado a cabo por la CNUDMI hasta la fecha, así como la labor conexa

---

[45] Disponible en la fecha de preparación del presente informe en www.ohada.com/traite.php?categorie=10.

[46] Las actuaciones del Congreso pueden consultarse en el documento Derecho mercantil uniforme para el siglo XXI: Actas del Congreso de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Nueva York, 18 a 22 de mayo de 1992, publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.94.V.14 (A/CN.9/SER.D/1).

realizada por otras organizaciones que se ocupan de temas de derecho mercantil internacional, que se evaluaran los programas de trabajo en curso y que se estudiaran y analizaran posibles temas para futuros programas de trabajo[47].

257. En su 39º período de sesiones, la Comisión tuvo a su disposición una propuesta de la Secretaría que contenía un posible esbozo de programa para el congreso, que figuraba en el documento de sesión A/CN.9/XXXIX/CRP.2. Quedaba entendido que en el Congreso no se formularían conclusiones ni recomendaciones colectivas sino más bien que la Comisión podría aprovechar ideas inspirándose en las opiniones expresadas en el Congreso, si lo estimaba apropiado. La Comisión acogió con beneplácito las propuestas de la Secretaría y las delegaciones manifestaron su apoyo al concepto general del congreso. No obstante, se expresaron por otra parte reservas sobre la duración propuesta del congreso (cinco días), en particular habida cuenta de la duración total del 40º período de sesiones de la Comisión (véase el párrafo 272 *infra*). También se expresaron reservas sobre el hecho de que algunos de los temas sugeridos para el congreso (por ejemplo, la gestión empresarial; la inversión extranjera; los métodos y las disposiciones institucionales para la reforma del derecho mercantil; y la función del poder judicial como medio de garantía de un marco estable para las operaciones comerciales: la previsibilidad de la ley y la interpretación jurídica) no guardaban una relación directa con el actual programa de trabajo de la Comisión. Se alentó a la Secretaría a que se planteara limitar el número de temas tratados en el congreso y que se centrara en las cuestiones directamente relacionadas con el campo de trabajo de la Comisión. La Comisión alentó también a los Estados Miembros a que dieran a conocer a la Secretaría sus opiniones sobre el programa propuesto, a fin de poder ultimar el programa antes de fines de 2006.

258. La Comisión, tras examinar la duración del congreso también en relación con la duración completa del período de sesiones de la Comisión, adoptó el criterio de que debería hacerse todo lo posible por reducir la duración de las deliberaciones formales en el programa de su próximo período de sesiones para que fuera, como máximo, de dos semanas, y de que el congreso, que debería comenzar una vez concluidas las deliberaciones formales de la Comisión, no durara más de cuatro días. (Sobre las fechas del período de sesiones de la Comisión, con inclusión del congreso, véase el párrafo 272 *infra*.)

XV. Resoluciones de la Asamblea General de interés para la CNUDMI

259. La Comisión tomó nota con reconocimiento de las resoluciones de la Asamblea General 60/20, relativa al informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 38º período de sesiones, y 60/21, relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, ambas de 23 de noviembre de 2005.

---

[47] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/60/17), párr. 231.

260. Se tomó nota en particular del párrafo 4 de la resolución 60/20 de la Asamblea General, en el que esta aprobaba las disposiciones e iniciativas tomadas por la Comisión para aumentar la coordinación y la cooperación en las actividades jurídicas de las organizaciones internacionales y regionales que se ocupaban del derecho mercantil internacional, y hacía un llamamiento a esas organizaciones para que coordinaran sus actividades jurídicas con las de la Comisión.

261. En cuanto a los párrafos 5 y 6 de la resolución 60/20, la Comisión tomó nota con reconocimiento de los llamamientos hechos por la Asamblea General a todas las entidades interesadas para que prestaran apoyo al programa de asistencia técnica de la CNUDMI y aportaran contribuciones al Fondo Fiduciario de la CNUDMI para simposios (con cargo al cual se financiaba la asistencia técnica de carácter legislativo) y al fondo fiduciario establecido para la concesión de asistencia para gastos de viaje a los países en desarrollo que eran miembros de la Comisión a fin de que asistieran a los períodos de sesiones de esta y de sus grupos de trabajo.

XVI. Otros asuntos

A. Concurso de Arbitraje Comercial Internacional Simulado Willem C. Vis

262. Se observó que el Instituto de Derecho Mercantil Internacional de la Facultad de Derecho de Pace University en White Plains (Nueva York) había organizado el 13º Concurso de Arbitraje Comercial Internacional Simulado Willem C. Vis en Viena, del 7 al 13 de abril de 2006. Al igual que en años anteriores, el Concurso había sido copatrocinado por la Comisión. Se observó que al abordar las cuestiones jurídicas, los equipos de estudiantes que participaban en el 13º Concurso habían tomado como base la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, las normas de arbitraje de la Chicago International Dispute Resolution Association[48], la Ley Modelo sobre el Arbitraje y la Convención de Nueva York. Habían participado en el 13º Concurso 156 equipos de facultades de derecho de 49 países. El mejor equipo en la presentación verbal de su defensa (alegato verbal) había sido el de Queen Mary, de la Universidad de Londres, seguido por el de Stetson University (Florida, Estados Unidos). El 14º Concurso de Arbitraje Comercial Internacional Simulado Willem C. Vis se celebraría en Viena, del 30 de marzo al 5 de abril de 2007.

263. La Comisión escuchó un informe sobre la historia, la evolución y las características del Concurso. Se formularon declaraciones en las que se realzó la importancia del Concurso como medio para dar a conocer la labor de la CNUDMI y sus textos jurídicos uniformes a los estudiantes de derecho, en particular en las esferas del derecho de los contratos y el arbitraje. La Comisión tomó nota del impacto positivo que tenía el Concurso en los estudiantes y profesores de derecho, así como en profesionales del derecho de todo el mundo. En general, se estimó que el Concurso anual, con sus abundantes concursos verbales y escritos y su amplia participación internacional, era una excelente oportunidad para difundir información sobre la CNUDMI y sus textos jurídicos y para enseñar el derecho mercantil internacional. Se sugirió que se distribuyera más ampliamente información acerca

[48] Disponible en la fecha de preparación del presente informe en www.cidra.org/rules.htm.

del Concurso en las facultades de derecho y universidades y que el Concurso se considerara una parte importante del programa de asistencia técnica de la CNUDMI.

264. La Comisión expresó su agradecimiento a los organizadores y patrocinadores del Concurso, en particular la Pace University, la Cámara Económica Federal de Austria y la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena, por sus esfuerzos por lograr que el Concurso tuviera éxito. Se expresó la esperanza de que el alcance internacional y el impacto positivo del Concurso siguieran aumentando. Se expresó especial reconocimiento al Sr. Eric E. Bergsten, antiguo Secretario de la Comisión, por haberse encargado de organizar y dirigir el Concurso desde su creación en 1993-1994.

B. Acto especial con la ceremonia de firma de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales

265. La Comisión escuchó un informe sobre el acto especial celebrado el 6 de julio de 2006 en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, acto que incluía la ceremonia de la firma de la Convención sobre los Contratos Electrónicos. La Secretaría había organizado el acto con miras a promover la participación en la Convención, y para difundir información acerca de sus disposiciones.

266. La Comisión expresó su reconocimiento a los Gobiernos de China, Singapur y Sri Lanka por haber firmado la Convención, y a los Gobiernos de Colombia, España, los Estados Unidos, la Federación de Rusia, Irán (República Islámica del), México y el Paraguay por el firme apoyo que brindaron a la Convención durante el acto especial.

C. Pasantías

267. Se presentó verbalmente un informe sobre el Programa de Pasantías en la secretaría de la Comisión. Si bien en general se agradeció el programa, se observó que solo una pequeña proporción de pasantes procedía de países en desarrollo. Se sugirió que se considerara la posibilidad de prever los medios financieros necesarios para respaldar una mayor participación de jóvenes abogados procedentes de países en desarrollo, posiblemente mediante un fondo fiduciario, que podría crear la Asamblea General.

D. Bibliografía

268. La Comisión tomó nota con reconocimiento de la bibliografía de obras relativas a su labor publicadas recientemente (A/CN.9/602). La Comisión fue informada de que la bibliografía en el sitio de la CNUDMI en Internet se actualizaba constantemente. La Comisión recalcó que era importante que la bibliografía fuera lo más completa posible y, por tal motivo, pidió a los Gobiernos, a las instituciones académicas, a otras organizaciones pertinentes y a los distintos autores que enviaran copia de las publicaciones pertinentes a su secretaría.

XVII. Lugar y fecha de futuras reuniones

A. Debate general sobre la duración de los períodos de sesiones

269. En su 36º período de sesiones, celebrado en 2003, la Comisión convino en que: a) los grupos de trabajo se reunieran normalmente dos veces al año en períodos de sesiones de una semana; b) de ser necesario, el tiempo no utilizado por algún grupo de trabajo pudiera asignarse a otro grupo de trabajo, siempre que con ello no se sobrepasara el límite total de 12 semanas anuales de servicios de conferencias para los períodos de sesiones de los seis grupos de trabajo de la Comisión; y c) en caso de que un grupo de trabajo solicitara tiempo suplementario con el que se rebasara el límite de las 12 semanas, la Comisión debería examinar la propuesta y el grupo de trabajo interesado habría de aducir las razones por las que fuera necesario modificar la estructura de las reuniones[49].

270. Ante la magnitud y la complejidad del proyecto que prepara el Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte), la Comisión decidió autorizar a ese Grupo de Trabajo a celebrar períodos de sesiones de dos semanas de duración en otoño de 2006 y en primavera de 2007 (véase el párrafo 273 c) *infra*) utilizando el tiempo sobrante asignado al Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico), que no se reuniría antes del 40º período de sesiones de la Comisión (véase el párrafo 273 d) *infra*).

271. En vista del nuevo proyecto en materia de derecho de la insolvencia que va a emprender el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) (véase el párrafo 209 *supra*), la Comisión convino en que ese Grupo de Trabajo celebrara sus períodos de sesiones 31º y 32º en otoño de 2006 y en primavera de 2007 (véase el párrafo 273 e) *infra*). Además, la Comisión señaló que se habían adoptado disposiciones provisionales para la celebración de un período de sesiones en otoño de 2007 (véase el párrafo 274 d) *infra*), que podría ser aprovechado por el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) o por el Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico), en función de las necesidades de tiempo de esos grupos de trabajo y a reserva de lo que decida la Comisión en su próximo período de sesiones, en 2007. La Comisión observó además que la semana ahorrada de servicios de conferencias en otoño de 2007 permitiría al Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) celebrar su 20º período de sesiones con una duración de dos semanas (véase el párrafo 274 c) *infra*).

B. 40º período de sesiones de la Comisión

272. La Comisión aprobó la fecha y la duración de su 40º período de sesiones, que se celebrará en Viena del 25 de junio al 12 de julio de 2007. Se convino en que el congreso (véanse los párrafos 256 a 258 *supra*) se celebrara durante la última semana del período de sesiones, del 9 al 12 de julio de 2007.

---

[49] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/58/17), párr. 275.

C. Períodos de sesiones de los grupos de trabajo que se celebrarán antes del 40º período de sesiones de la Comisión

273. La Comisión aprobó el siguiente calendario de reuniones para sus grupos de trabajo:

a) El Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) celebrará su décimo período de sesiones en Viena del 25 al 29 de septiembre de 2006, y su 11º período de sesiones tendrá lugar en Nueva York del 21 al 25 de mayo de 2007;

b) El Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) celebrará su 45º período de sesiones en Viena del 11 al 15 de septiembre de 2006, y su 46º período de sesiones tendrá lugar en Nueva York del 5 al 9 de febrero de 2007;

c) El Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) celebrará su 18º período de sesiones en Viena del 6 al 17 de noviembre de 2006, y su 19º período de sesiones tendrá lugar en Nueva York del 16 al 27 de abril de 2007;

d) No se prevé ningún período de sesiones para el Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico);

e) El Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) celebrará su 31º período de sesiones en Viena del 11 al 15 de diciembre de 2006, y su 32º período de sesiones tendrá lugar en Nueva York del 14 al 18 de mayo de 2007; y

f) El Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) celebrará su 11º período de sesiones en Viena del 4 al 8 de diciembre de 2006, y su 12º período de sesiones tendrá lugar en Nueva York del 12 al 16 de febrero de 2007.

D. Períodos de sesiones de los grupos de trabajo que se celebrarán en 2007, después del 40º período de sesiones de la Comisión

274. La Comisión señaló que se había adoptado un calendario provisional para las reuniones que los grupos de trabajo celebrarían en 2007 después del 40º período de sesiones de la Comisión (ese calendario estaba sujeto a que la Comisión lo aprobara en dicho período de sesiones). Las fechas propuestas eran las siguientes:

a) El Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) celebraría su 12º período de sesiones en Viena del 3 al 7 de septiembre de 2007;

b) El Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) celebraría su 47º período de sesiones en Viena del 10 al 14 de septiembre de 2007;

c) El Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) celebraría su 20º período de sesiones en Viena del 15 al 25 de octubre de 2007 (las oficinas de las Naciones Unidas en Viena estarían cerradas el 26 de octubre);

d) Se han adoptado disposiciones provisionales para la celebración de un período de sesiones en Viena del 5 al 9 de noviembre de 2007, que podría asignarse al Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico) para su 45º período de sesiones, o al Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) para su 33º período de sesiones (véase el párrafo 271 *supra*);

e) El Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) celebraría su 13º período de sesiones en Viena del 24 al 28 de septiembre de 2007.

ANEXO I

Artículos revisados de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional

[El anexo I se reproduce en la tercera parte, I del presente *Anuario*.]

ANEXO II

Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2) del artículo II y del párrafo 1) del artículo VII de la Convención de Nueva York, de 10 de junio de 1958, adoptada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 7 de julio de 2006 en su 39º período de sesiones

[El anexo II se reproduce en la tercera parte, II del presente *Anuario*.]

ANEXO III

Lista de documentos presentados a la Comisión en su 39º período de sesiones

[El anexo III se reproduce en la tercera parte, V del presente *Anuario*.]

B. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD): pasajes del informe de la Junta de Comercio y Desarrollo (53º período de sesiones)

(TD/B/53/8 (vol. I))

Desarrollo progresivo del derecho mercantil internacional: 39º informe anual de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

En su 997ª sesión plenaria, celebrada el 10 de octubre de 2006 la Junta tomó nota del informe de la CNUDMI sobre la labor realizada durante su 39º período de sesiones (A/61/17)

C. Asamblea General: Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 39º período de sesiones: Informe de la Sexta Comisión

Relator: Sr. Mamadou Moustapha Loum (Senegal)

I. Introducción

1. En su segunda sesión plenaria, celebrada el 13 de septiembre de 2006, la Asamblea General, por recomendación de la Mesa, decidió incluir en el programa de su sexagésimo primer período de sesiones el tema titulado "Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 39º período de sesiones" y asignarlo a la Sexta Comisión.

2. La Sexta Comisión examinó el tema en sus sesiones primera, segunda y 15ª, celebradas los días 10, 11 y 30 de octubre de 2006. Las opiniones de los representantes que hicieron uso de la palabra durante el examen del tema figuran en las actas resumidas correspondientes (A/C.6/61/SR.1, 2 y 15).

3. Para su examen del tema, la Comisión tuvo ante sí el informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 39º período de sesiones[1].

4. En la primera sesión, celebrada el 10 de octubre, el Presidente de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en su 39º período de sesiones presentó el informe de la Comisión sobre la labor realizada en ese período de sesiones.

II. Examen de las propuestas

A. Proyecto de resolución A/C.6/61/L.7

5. En la 15ª sesión, celebrada el 30 de octubre, el representante de Austria, en nombre de Albania, Alemania, Argelia, la Argentina, Australia, Austria, Azerbaiyán, Belarús, Bélgica, Belice, el Brasil, Bulgaria, el Canadá, Chile, China, Chipre, Colombia, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Etiopía, la ex República Yugoslava de Macedonia, la Federación de Rusia, Filipinas, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, la India, el Irán (República Islámica del), Irlanda, Israel, Italia, el Japón, Jordania, Kenya, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Madagascar, Malasia, Malta, México, Mongolia, Noruega, los Países Bajos, Polonia, Portugal, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, la República Checa, República Democrática del Congo, Rumania, Serbia, Sierra Leona, Singapur, Sri Lanka, Suecia, Suiza, Tailandia, Trinidad y Tabago, Túnez, Turquía, Ucrania,

---

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/60/17).

Uganda y el Uruguay, a los que posteriormente se sumó Marruecos, presentó y revisó oralmente un proyecto de resolución titulado "Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 39º período de sesiones" (A/C.6/61/L.7).

6. En su 15ª sesión, celebrada el 30 de octubre, la Comisión aprobó el proyecto de resolución A/C.6/61/L.7, en su versión oralmente revisada, sin proceder a votación (véase párr. 9, proyecto de resolución I).

B. Proyecto de resolución A/C.6/61/L.8

7. En la 15ª sesión, celebrada el 30 de octubre, el representante de Malasia presentó un proyecto de resolución titulado "Artículos revisados de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional y recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2 del artículo II y el párrafo 1 del artículo VII de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958" (A/C.6/61/L.8).

8. En su 15ª sesión, celebrada el 30 de octubre, la Comisión aprobó el proyecto de resolución A/C.6/61/L.8 sin proceder a votación (véase párr. 9, proyecto de resolución II).

III. Recomendaciones de la Sexta Comisión

9. La Sexta Comisión recomienda a la Asamblea General que apruebe los siguientes proyectos de resolución:

> [Los textos de estos proyectos de resolución no se reproducen en esta sección. Los proyectos de resolución fueron aprobados, con cambios de redacción, como resoluciones 61/32 y 61/33 de la Asamblea General (véase la sección D *infra*).]

D. Resoluciones 61/32 y 61/33 de la Asamblea General, de 4 de diciembre de 2006

Resoluciones aprobadas por la Asamblea General sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/61/453)

61/32. Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 39° período de sesiones

La Asamblea General,

Recordando su resolución 2205 (XXI), de 17 de diciembre de 1966, por la que estableció la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y le confirió el mandato de promover la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional y, a ese respecto, tener presentes los intereses de todos los pueblos, en particular los de los países en desarrollo, en la evolución general del comercio internacional,

Reafirmando su convicción de que la modernización y armonización progresivas del derecho mercantil internacional, al reducir o eliminar los obstáculos jurídicos que se oponen al flujo del comercio internacional, especialmente los que afectan a los países en desarrollo, contribuirían de modo significativo a la cooperación económica universal entre todos los Estados sobre una base de igualdad, equidad e interés común y a la eliminación de la discriminación en el comercio internacional y, por consiguiente, al bienestar de todos los pueblos,

Habiendo examinado el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 39° período de sesiones[1],

Reiterando su preocupación por el hecho de que las actividades realizadas por otros órganos en el ámbito del derecho mercantil internacional sin coordinación suficiente con la Comisión puedan dar lugar a una duplicación no deseable del trabajo y no se ajusten al objetivo de fomentar la eficiencia, la uniformidad y la coherencia en la unificación y armonización del derecho mercantil internacional,

Reafirmando el mandato conferido a la Comisión para que, en su calidad de órgano jurídico central del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional, coordine las actividades jurídicas en la materia, en particular con el fin de evitar la duplicación del trabajo, especialmente entre las organizaciones que elaboran normas de comercio internacional, y fomentar la eficiencia, uniformidad y coherencia en la modernización y armonización del derecho mercantil internacional y, por conducto de su secretaría, mantenga una estrecha colaboración con otros órganos y organizaciones internacionales que se ocupan del derecho mercantil internacional, incluidas las organizaciones regionales,

---

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/61/17).

1. *Toma nota con reconocimiento* del informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 39° período de sesiones[1];

2. *Elogia* a la Comisión por haber concluido y aprobado los artículos revisados[2] de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional[3] relativos a la forma del acuerdo de arbitraje y las medidas cautelares, así como la recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2 del artículo II y el párrafo 1 del artículo VII[4] de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958[5];

3. *Elogia también* a la Comisión por la aprobación del contenido de las recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, cuya finalidad es facilitar la financiación garantizada, promoviendo así un mayor acceso a crédito de bajo costo y mejorando el comercio nacional e internacional;

4. *Acoge con satisfacción* los progresos realizados por la Comisión en su labor de revisión de la Ley Modelo sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios[6], y en el proyecto de instrumento sobre el derecho del transporte, y respalda la decisión de la Comisión de ocuparse de nuevos temas en los ámbitos del arbitraje y el régimen de la insolvencia;

5. *Hace suyas* la labor y las iniciativas de la Comisión, en su calidad de órgano jurídico central del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional, encaminadas a mejorar la coordinación y la cooperación en las actividades jurídicas de las organizaciones internacionales y regionales que se ocupan del derecho mercantil internacional y a promover el estado de derecho a nivel nacional e internacional en esa esfera y, a este respecto, hace un llamamiento a las organizaciones internacionales y regionales competentes para que coordinen sus actividades jurídicas con las de la Comisión a fin de evitar la duplicación del trabajo y fomentar la eficiencia, uniformidad y coherencia en la modernización y armonización del derecho mercantil internacional;

6. *Reafirma* la importancia que reviste, especialmente para los países en desarrollo, la labor de la Comisión de cooperación y asistencia técnica en materia de reforma y desarrollo del derecho mercantil internacional y, a ese respecto:

a) Observa con satisfacción las iniciativas tomadas por la Comisión para ampliar, por conducto de su secretaría, su programa de cooperación y asistencia técnica;

---

[2] *Ibid*., cap. IV, párr. 181, y anexo I.

[3] *Ibid*., *cuadragésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/40/17), anexo I.

[4] *Ibid*., *sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/61/17), cap. IV, párr. 181, y anexo II.

[5] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 330, núm. 4739.

[6] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17* y corrección (A/49/17 y Corr.1), anexo I.

b) Expresa su reconocimiento a la Comisión por llevar a cabo actividades de cooperación y asistencia técnica en Belarús, Benin (para el seminario del Centro de Comercio Internacional UNCTAD/OMC), Colombia, Egipto, Eslovaquia, la República de Corea, Singapur y Suiza (para el simposio sobre tratados comerciales internacionales y países en desarrollo del Centro de Comercio Internacional UNCTAD/OMC, y por la asistencia prestada para redactar legislación en la esfera del derecho mercantil internacional a China, la ex República Yugoslava de Macedonia, Georgia, Grecia, Malasia, Perú, Rwanda (a través del proyecto conjunto con el Instituto de Derecho Internacional), Eslovenia y Serbia, y a la Organización de Telecomunicaciones de la Commonwealth;

c) Expresa su reconocimiento a los gobiernos cuyas contribuciones permitieron organizar las actividades de cooperación y asistencia técnica e insta a los gobiernos, a los órganos competentes del sistema de las Naciones Unidas y a organizaciones, instituciones y particulares a que hagan contribuciones voluntarias al Fondo Fiduciario para simposios de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y, cuando corresponda, para financiar proyectos especiales, y a que presten asistencia a la secretaría de la Comisión para realizar actividades de asistencia técnica, en particular en países en desarrollo;

d) Reitera su llamamiento al Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y a otros órganos responsables de la asistencia para el desarrollo, como el Banco Mundial y los bancos regionales de desarrollo, así como a los gobiernos en el marco de sus programas de asistencia bilateral, para que presten apoyo al programa de asistencia técnica de la Comisión y cooperen y coordinen sus actividades con esta, habida cuenta de la relevancia e importancia que tienen la labor y los programas de la Comisión para la aplicación del programa de desarrollo de las Naciones Unidas, y en particular para el logro de los objetivos de desarrollo del Milenio;

7. *Toma nota con pesar* de que, desde el 36º período de sesiones de la Comisión, no se han aportado contribuciones al fondo fiduciario establecido para la concesión de asistencia para gastos de viaje a los países en desarrollo que son miembros de ella, previa solicitud de estos y consulta con el Secretario General[7], insiste en la necesidad de que se aporten contribuciones a ese fondo a fin de que haya más expertos en representación de países en desarrollo en los períodos de sesiones de la Comisión y sus grupos de trabajo, que es algo necesario para aumentar los conocimientos y la capacidad a nivel local en el ámbito del derecho mercantil internacional en esos países a fin de favorecer el desarrollo del comercio internacional y la promoción de la inversión extranjera, y reitera su llamamiento a los gobiernos, los órganos competentes del sistema de las Naciones Unidas, a organizaciones, instituciones y particulares para que hagan contribuciones voluntarias al fondo fiduciario;

8. *Decide*, a fin de asegurar la plena participación de todos los Estados Miembros en las sesiones de la Comisión y en sus grupos de trabajo, continuar, en la Comisión Principal competente durante el sexagésimo primer período de sesiones de la Asamblea General, su examen de la concesión de asistencia para

---

[7] Resolución 48/32, párr. 5.

gastos de viaje a los países menos adelantados que son miembros de la Comisión, previa solicitud de estos y consulta con el Secretario General;

9. *Recuerda* que la responsabilidad de la labor de la Comisión recae en las reuniones de la Comisión y sus grupos de trabajo intergubernamentales, y subraya a este respecto que debe proporcionarse información sobre las reuniones de expertos, que aportan una contribución decisiva a la labor de la Comisión;

10. *Recuerda* sus resoluciones relativas a las asociaciones de colaboración entre las Naciones Unidas y entidades no estatales, en particular el sector privado[8], y, a este respecto, alienta a la Comisión a seguir estudiando distintos planteamientos respecto de la utilización de asociaciones de colaboración con entidades no estatales en la ejecución de su mandato, particularmente en materia de asistencia técnica, de conformidad con los principios y las directrices aplicables y en cooperación y coordinación con otras oficinas competentes de la Secretaría, incluida la Oficina del Pacto Mundial;

11. *Reitera su solicitud* de que el Secretario General, de conformidad con las resoluciones de la Asamblea General que se refieren a cuestiones relativas a la documentación[9] y en las que se insiste en particular en que la reducción de la longitud de los documentos no debe ir en detrimento de la calidad de la presentación ni del fondo de estos, tenga presente las características especiales del mandato y la labor de la Comisión al poner en práctica los límites de páginas con respecto a los documentos de esta;

12. *Pide* al Secretario General que se sigan redactando actas resumidas de las sesiones de la Comisión dedicadas a la formulación de instrumentos normativos;

13. *Recuerda* su resolución por la que aprueba la preparación del Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, con el objetivo de difundir en mayor medida la labor de la Comisión y hacerla más accesible[10], expresa su preocupación respecto al cumplimiento de los plazos de publicación del Anuario, y pide al Secretario General que estudie fórmulas para facilitar dicha publicación en el momento oportuno;

14. *Destaca* la importancia de que entren en vigor las convenciones resultantes de la labor de la Comisión en pro de la unificación y la armonización a nivel mundial del derecho mercantil internacional y, a tal fin, exhorta a los Estados que aún no lo hayan hecho a que consideren la posibilidad de firmar o ratificar esas convenciones o de adherirse a ellas;

15. *Acoge con satisfacción* la preparación de compilaciones de jurisprudencia sobre los textos de la Comisión, como la compilación de jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías[11] y la relativa a la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial

---

[8] Resoluciones 55/215, 56/76, 58/129 y 60/215.

[9] Resoluciones 52/214, secc. B, 57/283 B, secc. III, y 58/250, secc. III.

[10] Resolución 2502 (XXIV), párr. 7.

[11] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1489, núm. 25567.

Internacional[3], con el fin de ayudar a difundir información sobre esos textos y promover su utilización, incorporación al derecho interno e interpretación uniforme;

16. *Acoge también* con satisfacción la decisión de la Comisión de celebrar en Viena, en el contexto de su 40° período de sesiones, que tendrá lugar en 2007, un congreso sobre derecho mercantil internacional, con el fin de examinar los resultados de la labor realizada por la Comisión en el pasado y la labor conexa de otras organizaciones que realizan actividades en materia de derecho mercantil internacional, evaluar los programas de trabajo actuales y considerar posibles temas y campos para la labor futura, y reconoce la importancia de celebrar un congreso de ese tipo para coordinar y promover actividades encaminadas a modernizar y armonizar el derecho mercantil internacional;

17. *Recuerda* sus resoluciones en que afirma la importancia que reviste disponer de sitios web de las Naciones Unidas de alta calidad, de fácil uso y eficaces en función de los costos, y la necesidad del desarrollo, mantenimiento y enriquecimiento multilingües de esos sitios[12], elogia la reestructuración del sitio web de la Comisión en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas y acoge con satisfacción la continua labor que realiza la Comisión para mantenerlo y mejorarlo de conformidad con las directrices aplicables.

64ª sesión plenaria
4 de diciembre de 2006

---

[12] Resoluciones 52/214, secc. C, párr. 3; 55/222, secc. III, párr. 12; 56/64 B, secc. X; 57/130 B, secc. X; 58/101 B, secc. V, párrs. 61 a 76; 59/126 B, secc. V, párrs. 76 a 95, y 60/109 B, secc. IV, párrs. 66 a 80.

61/33. Artículos revisados de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional y recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2 del artículo II y el párrafo 1 del artículo VII de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958

La Asamblea General,

Reconociendo el valor del arbitraje como método de solución de las controversias que surgen en el contexto de las relaciones comerciales internacionales,

Recordando su resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985, relativa a la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional[13],

Reconociendo la necesidad de que las disposiciones de la Ley Modelo se ajusten a las prácticas actuales del comercio internacional y a los medios modernos de concertación de contratos con respecto a la forma del acuerdo de arbitraje y al otorgamiento de medidas cautelares,

Convencida de que los artículos revisados de la Ley Modelo relativos a la forma del acuerdo de arbitraje y las medidas cautelares, por cuanto reflejan esas prácticas actuales, mejorarán de manera significativa el funcionamiento de la Ley Modelo,

Observando que la preparación de los artículos revisados de la Ley Modelo relativos a la forma del acuerdo de arbitraje y las medidas cautelares fue objeto de deliberaciones apropiadas y de extensas consultas con los gobiernos y los círculos interesados, y que contribuirá de manera importante al establecimiento de un marco jurídico armonizado que permita resolver de forma equitativa y eficiente las controversias comerciales internacionales,

Convencida de que, con respecto a la modernización de los artículos de la Ley Modelo, la promoción de una interpretación y aplicación uniformes de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958[14], es especialmente oportuna,

1. *Expresa su agradecimiento* a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional por la formulación y aprobación de los artículos revisados de su Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional relativos a la forma del acuerdo de arbitraje y las medidas cautelares, cuyo texto figura en el anexo I del informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 39º período de sesiones[15], y recomienda que todos los Estados adopten una posición favorable a la incorporación al derecho interno de los artículos revisados de la Ley Modelo, o de la Ley Modelo revisada de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil

---

[13] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/40/17), anexo I.

[14] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 330, núm. 4739.

[15] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/61/17).

Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional, cuando aprueben o revisen sus leyes, habida cuenta de la conveniencia de uniformar el derecho relativo a los procedimientos de arbitraje y las necesidades concretas de la práctica en materia de arbitraje comercial internacional;

2. *Expresa también su agradecimiento* a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional por la formulación y aprobación de la recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2 del artículo II y el párrafo 1 del artículo VII de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958[14], cuyo texto figura en el anexo II del informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 39º período de sesiones[15];

3. *Pide* al Secretario General que haga todo lo posible para que los artículos revisados de la Ley Modelo y la recomendación sean ampliamente conocidos y difundidos.

64ª sesión plenaria
4 de diciembre de 2006

Segunda parte

ESTUDIOS E INFORMES SOBRE TEMAS CONCRETOS

I. GARANTÍAS REALES

A. Informe del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) sobre la labor de su octavo período de sesiones (Viena, 5 a 9 de septiembre de 2005)

(A/CN.9/588) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1
II.	Organización del período de sesiones	2-7
III.	Deliberaciones y decisiones	8
IV.	Preparación de una guía legislativa sobre las operaciones garantizadas	9-117
	Capítulo VIII. Incumplimiento y vía ejecutoria (A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.2, recomendaciones 88 a 124)	9-45
	Capítulo VII. Derechos y obligaciones de las partes previos al incumplimiento (A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.2, recomendaciones 86 y 87)	46-48
	Capítulo X. Dispositivos para la financiación de adquisiciones (A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.4, recomendaciones 125 a 135)	49-69
	Derechos de propiedad intelectual (A/CN.9/WG.VI/WP.21, recomendación 3 h) y A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1, párrafos 13, 14 y 21 dd))	70-74
	Promesas independientes (A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1, párrafo 21 y), z), aa) y bb), A/CN.9/WG.VI/WP.21, recomendación 25, A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.1, recomendaciones 49 y 62, A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.2, recomendación 106, A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.5, recomendación 138)	75-83
	Capítulo XI. Conflicto de leyes (A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.5, recomendaciones 136 a 149)	84-110
	Capítulo IX. Insolvencia (A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.3)	111-114
	Títulos negociables y documentos negociables (A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1, párrafo 21 w) y x), y (A/CN.9/WG.VI/WP.21, recomendaciones 3 d) y 24)	115-117
V.	Futura labor	118

I. Introducción

1. En su actual período de sesiones, el Grupo de Trabajo VI prosiguió su labor de preparación de una guía legislativa sobre las operaciones garantizadas con arreglo a una decisión adoptada por la Comisión en su 34º período de sesiones, en 2001[1]. La decisión de la Comisión de emprender la labor sobre el régimen de los créditos garantizados se adoptó ante la necesidad de estatuir un régimen legal eficiente que eliminara los obstáculos jurídicos impuestos a los créditos garantizados y que pudiera así repercutir favorablemente en la oferta de crédito financiero y en su costo[2].

II. Organización del período de sesiones

2. El Grupo de Trabajo, que estuvo integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su octavo período de sesiones en Viena del 5 al 9 de septiembre de 2005. Al período de sesiones asistieron los representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argelia, Argentina, Austria, Belarús, Bélgica, Brasil, Camerún, Canadá, Colombia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, India, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, México, Polonia, República Checa, República de Corea, Suecia, Suiza, Tailandia, Túnez y Uganda.

3. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Eslovaquia, Filipinas, Grecia, Hungría, Indonesia, Iraq, Irlanda, Letonia, Malasia, Perú, República Dominicana, Rumania y Senegal.

4. Asistieron también al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales:

a) *Sistema de las Naciones Unidas*: Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional y Organización Mundial de la Propiedad Intelectual; y

b) *Organizaciones no gubernamentales internacionales invitadas por la Comisión*: American Bar Association, Asociación Europea de Estudiantes de Derecho, Association of the Bar of the City of New York, Cámara de Comercio Internacional, Centro de Estudios Jurídicos Internacionales, Centro Regional de Arbitraje Mercantil Internacional de El Cairo, Commercial Finance Association, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, EUROPAFACTORING, Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia, Forum for International Commercial Arbitration, Grupo de Trabajo Internacional sobre Garantías Reales en Europa,

---

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17* y corrección (A/56/17 y Corr.3), párrafo 358. Para antecedentes sobre el proyecto, véase A/CN.9/WG.VI/WP.22. Los informes de los períodos de sesiones primero a séptimo del Grupo de Trabajo figuran en los documentos A/CN.9/512, A/CN.9/531, A/CN.9/532, A/CN.9/543, A/CN.9/549, A/CN.9/570 y A/CN.9/574. Los informes de los períodos de sesiones conjuntos primero y segundo del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) y VI (Garantías Reales) figuran en los documentos A/CN.9/535 y A/CN.9/550. El examen de esos informes por la Comisión ha quedado recogido en los documentos A/57/17 (párrafos 202 a 204), A/58/17 (párrafos 217 a 222), A/59/17 (párrafos 75 a 78) y A/60/17 (párrafos 185 a 187).

[2] *Ibid.*, *quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/55/17), párrafo 455, y *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17* y corrección (A/56/17 y Corr.3), párrafo 347.

Instituto Max Planck de Derecho Extranjero y Derecho Internacional Privado, International Insolvency Institute e International Swaps and Derivatives Association.

5. El Grupo de Trabajo eligió a los siguientes miembros de la Mesa:

Presidenta: Sra. Kathryn SABO (Canadá)

Relator: Sr. Madhukar Rangnath UMARJI (India).

6. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición los siguientes documentos: A/CN.9/WG.VI/WP.21 y adiciones 1 a 5 (Recomendaciones), A/CN.9/WG.VI/WP.22 (Antecedentes) y A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1 (Introducción y objetivos clave).

7. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Apertura del período de sesiones y programación de las reuniones.
2. Elección de la Mesa.
3. Aprobación del programa.
4. Preparación de la guía legislativa sobre las operaciones garantizadas.
5. Otros asuntos.
6. Aprobación del informe.

III. Deliberaciones y decisiones

8. El Grupo de Trabajo examinó las recomendaciones que figuraban en los capítulos VII (Derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento), VIII (Incumplimiento y vía ejecutoria), IX (Insolvencia), X (Mecanismos de financiación de las compras) y XI (Conflicto de leyes). También examinó la terminología y las recomendaciones relativas: i) a los títulos negociables y documentos negociables (definiciones w) y x), así como a las recomendaciones 3 d) y 24); ii) al producto del cobro de una promesa independiente (definiciones y), z), aa) y bb), así como recomendaciones 25, 49, 62, 106 y 138); y iii) a los derechos de propiedad intelectual (definición dd), y recomendación 3 h)). En el capítulo IV, que figura a continuación, pueden verse las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo. Se pidió a la Secretaría que revisara esos capítulos, definiciones y recomendaciones concernientes a ciertas categorías de bienes a la luz de las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo.

IV. Preparación de una guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

Capítulo VIII. Incumplimiento y vía ejecutoria (A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.2, recomendaciones 88 a 124)

Finalidad

9. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de la sección relativa a la finalidad.

Recomendación 88 (ámbito de aplicación)

10. Se expresaron opiniones divergentes en lo que respecta a retener la recomendación 88. Se consideró que la norma prevista en esa recomendación era superflua y poco clara, ya que de todos modos la Guía se aplicaría a las garantías reales y únicamente a título de excepción a algún otro dispositivo similar. Sin embargo, también se consideró que esa recomendación era útil porque en ella se hacía una distinción entre los casos en que el otorgante no era responsable de una deficiencia y los casos en que sí era responsable, y de no ser eso aclarado en la recomendación 88 habría de serlo en varias recomendaciones de este mismo capítulo. El Grupo de Trabajo decidió estudiar esa cuestión una vez que hubiese terminado de examinar el capítulo sobre incumplimiento y vía ejecutoria.

Recomendación 89 (normas generales de conducta)

11. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de la recomendación 89 y decidió considerar la conveniencia de hacerla aplicable a otros capítulos del proyecto de guía cuando examinara cada uno de esos capítulos.

Recomendaciones 90 y 91 (autonomía de las partes)

12. Se convino en que se añadiera la expresión "en ningún momento" al final de la primera oración de la recomendación 90. A reserva de esa modificación, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 90.

13. Si bien se prestó amplio apoyo a la recomendación 91 propiamente dicha, se expresaron opiniones divergentes en cuanto a disponer también que toda enajenación de un bien gravado con arreglo a un método previsto en el acuerdo era una medida comercialmente correcta, salvo que la parte que tuviera algo que objetar demostrara que era manifiestamente improcedente. Por una parte, se opinó que una disposición de esa índole sería útil porque crearía certidumbre *ex ante* (es decir, certidumbre previa a todo contrato eventual) al remitirse al acuerdo de las partes sobre unos métodos de enajenación que podrían no ser acertados, por lo menos a juicio de un tribunal que estudiara el asunto una vez surgida la controversia. Por otra parte, sin embargo, se opinó que esa disposición sería perjudicial porque alteraría no solo la carga de la prueba, sino también la norma general de conducta establecida en la recomendación 89, además de ser difícil de aplicar. Tras un debate, el Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de la recomendación 91.

Recomendaciones 92 (derechos y recursos tras el incumplimiento), 93 (recursos para el acreedor garantizado) y 94 (recursos para el otorgante)

14. Se convino en que al comienzo de las recomendaciones 92 a 94 se añadiera un texto en los siguientes términos: "Como se indica más exactamente en recomendaciones subsiguientes del presente capítulo". A reserva de esa modificación, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de las recomendaciones 92 a 94.

Recomendación 95 (elección de los recursos)

15. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en que en el comentario se enumeraran los supuestos que se regirían por la recomendación 95 (incluido el ejercicio simultáneo de recursos, por ejemplo, contra el otorgante y contra un garante).

A reserva de la aclaración que se haría en el comentario, el Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de la recomendación 95.

Recomendación 96 (otros recursos)

16. Se convino en que la recomendación 96 fuera también aplicable al supuesto contrario (es decir, cuando se hubiese ejercido un recurso primero con respecto a la obligación garantizada). A reserva de esa modificación, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 96.

Recomendación 97 (liberación de los bienes gravados tras la liquidación completa)

17. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de la recomendación 97.

Recomendación 98 (ejecución judicial y extrajudicial)

18. Se convino en que en la recomendación 98 se introdujera la misma modificación que en las recomendaciones 92 a 94 (véase el párrafo 14 *supra*). Se decidió que se previera un método mixto de ejecución (es decir, en parte judicial y en parte extrajudicial). A reserva de esas modificaciones, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 98.

Recomendación 99 (notificación de la intención de proceder a la ejecución extrajudicial)

19. Se expresaron opiniones divergentes en cuanto a retener la recomendación 99. Un argumento para suprimirla fue que una notificación general de la ejecución extrajudicial hecha por adelantado daría lugar a gastos, demoras, errores y litigios innecesarios cuando se tratara de un otorgante de buena fe, que sería muy consciente de sus obligaciones y las cumpliría de todos modos, sin que mediara notificación alguna. También se observó que, si el otorgante actuaba de mala fe, una notificación general de esa índole podía dar lugar, inadvertidamente, a que el acreedor garantizado no pudiera hacer valer su garantía, ya que el otorgante podía ocultar los bienes gravados o trasladarlos para ponerlos fuera de su alcance. Según otro parecer, debía retenerse la recomendación 99 principalmente porque no daría lugar a gastos, demoras, errores y litigios innecesarios. Se dijo además que la notificación de la ejecución hecha antes de que el acreedor garantizado tomara posesión de los bienes gravados sería esencial, en particular en los países en que no se conocía la ejecución extrajudicial. Además, se observó que no se estaba haciendo ninguna recomendación concreta, sino que más bien se planteaba una cuestión que debía examinar el legislador. Por otra parte, se indicó que el apartado f) de la recomendación 99 preveía la exclusión en los casos en que la notificación por adelantado no fuera útil o pudiera ser perjudicial. Tras un debate, se convino en retener la recomendación 99 entre corchetes.

20. El Grupo de Trabajo pasó a considerar la posibilidad de fusionar la recomendación 99 con la recomendación 111, relativa a la notificación anticipada de la enajenación extrajudicial de bienes gravados. Se opinó que debían fusionarse porque eran reiterativas. Sin embargo, también se opinó que, si bien había cierta reiteración, había diferencias significativas entre una y otra recomendación. Se indicó que, a diferencia de la recomendación 111, la recomendación 99 se refería

a la notificación antes de que se tomara posesión de los bienes gravados y en relación con todos los métodos de ejecución. Tras un debate, el Grupo de Trabajo decidió que las recomendaciones 99 y 111 no se fusionaran.

Recomendación 100 (objeciones a la ejecución extrajudicial)

21. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de la recomendación 100.

Recomendación 101 (desposesión del deudor)

22. Se convino en aclarar que en la recomendación 101 se hacía referencia a la posesión efectiva de bienes corporales. A reserva de esa modificación, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 101.

Recomendaciones 102 y 103 (cobro de los créditos por cobrar)

23. Se convino en que en la recomendación 102 se dejara claro que el acreedor garantizado no solo tenía el derecho de dar instrucciones al deudor del crédito cedido para que le efectuara el pago, sino también de reclamar y obtener el pago de un crédito por cobrar directamente del deudor. A reserva de esa modificación, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 102.

24. Se convino en la necesidad de estudiar si la recomendación 103 debía referirse exclusivamente a las garantías accesorias una vez que el Grupo de Trabajo hubiese tenido la oportunidad de examinar las recomendaciones relativas a las garantías constituidas sobre el producto del cobro de una promesa independiente. A reserva de que se examinara ulteriormente esa cuestión, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 103.

Recomendaciones 104 y 105 (títulos negociables)

25. El Grupo de Trabajo aprobó sin modificaciones el contenido de la recomendación 104. En cuanto a la recomendación 105, aprobó su contenido, pero supeditándola a la misma reserva que se hizo respecto de la recomendación 103 (véase el párrafo 24 *supra*).

Recomendación 106 (producto del cobro de promesas independientes)

26. El Grupo de Trabajo decidió aplazar el examen de la recomendación 106 hasta que hubiese tenido la posibilidad de examinar al mismo tiempo todas las recomendaciones relativas a las garantías reales constituidas sobre el producto del cobro de promesas independientes (véase el párrafo 83, *infra*).

Recomendaciones 107 y 108 (cuentas bancarias)

27. Se convino en que debía suprimirse la segunda oración de la recomendación 107. Se indicó que exigir al acreedor garantizado que recurriera a la vía judicial para obtener la ejecución de una garantía real constituida sobre una cuenta bancaria cuando el otorgante fuese un consumidor que hubiese otorgado la garantía al servicio de una operación de consumo podía ser incompatible con el régimen legal de la compensación o de los créditos por cobrar, o incluso con las leyes de protección del consumidor. A reserva de esa modificación, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 107.

28. Se convino en que la recomendación 108 previera exigir un mandamiento judicial para ejecutar toda garantía real sobre una cuenta bancaria, a menos que el banco depositario consintiera en lo contrario. A reserva de esa modificación, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 108.

Recomendación 109 (documentos negociables)

29. Se convino en que se hiciera referencia a los derechos del titular de un documento negociable frente al emisor o a toda otra persona obligada por el documento. A reserva de esa modificación, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 109.

Recomendación 110 (enajenación de bienes gravados)

30. A reserva de la modificación hecha en las recomendaciones 92 a 94 y 98 (véanse los párrafos 14 y 18 *supra*), el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 110.

Recomendaciones 111 y 112 (notificación anticipada de la enajenación extrajudicial de bienes gravados)

31. El Grupo de Trabajo examinó una propuesta en el sentido de que la recomendación 111 se formulara, en aras de la uniformidad, en los términos del apartado d) de la recomendación 99 (inscripción registral de la notificación). Se objetó que si bien la inscripción de la notificación a que se hace referencia en la recomendación 99 era más bien una sugerencia que se sometía a examen y no una recomendación propiamente dicha, no procedía hacer esa sugerencia en la recomendación 111 porque crearía el riesgo innecesario de gastos, demoras, errores y litigios, y debería suprimirse incluso de la recomendación 99. También se indicó que, a diferencia de la recomendación 99, que estaba expresada en términos generales, la recomendación 111 podía formularse en términos más concretos. Como cuestión de redacción, se sugirió reordenarla en párrafos separados. A reserva de esas modificaciones, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 111.

32. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de la recomendación 112.

Recomendaciones 113 a 115 (aceptación de los bienes gravados como forma de pago de la obligación garantizada)

33. Se convino en aclarar la relación que existía entre las recomendaciones 113, 114 y 115. Se consideró innecesaria la inscripción, en el registro de garantías reales, de la notificación con la propuesta del acreedor garantizado de aceptar los bienes gravados a modo de liquidación total o parcial de la obligación garantizada, ya que el otorgante y los demás interesados podían proteger sus derechos simplemente oponiéndose a dicha propuesta.

34. Se hicieron diversas propuestas. La primera fue la de que todo aviso que llevara una propuesta del acreedor garantizado de aceptar los bienes gravados a título de satisfacción total o parcial de la obligación garantizada deberá indicar la suma debida y la suma a pagar. Se dijo que esa indicación daría al otorgante y a todo tercero notificado la información necesaria para decidir si debía aceptar o no esa propuesta. Se convino en que se aclarara en el comentario que bastaría con que

se facilitara una estimación de buena fe de la suma debida. Se expresaron ciertas reservas sobre la necesidad de tener que dar esa indicación en el aviso, por estimarse que, de no facilitarse información suficiente, ese requisito daría pie para que el otorgante o todo tercero notificado pudiera presentar una objeción contra la decisión del acreedor garantizado, privándole así de ese remedio, pese a lo cual esta propuesta obtuvo suficiente respaldo del Grupo de Trabajo.

35. Conforme a otra propuesta, de haber mediado ya satisfacción parcial de la obligación garantizada, debería exigirse el consentimiento efectivo del otorgante y no simplemente la ausencia de toda objeción interpuesta por el otorgante en el breve plazo de que dispondría a raíz del aviso. Se dijo que el requisito de un consentimiento efectivo del otorgante le ampararía mejor contra el riesgo de que se produjera algún error en el aviso o algún malentendido. Esta propuesta no obtuvo el apoyo requerido. Se dijo que no había razón alguna para que se requiriera el consentimiento explícito del otorgante y de que en el supuesto de que se impusiera dicho requisito, debería ser aplicable al consentimiento tanto del otorgante como de todo tercero notificado.

36. También se propuso que se suprimiera la última oración de la recomendación 115 por la que se prevé la posibilidad de impugnar por vía judicial o por alguna otra vía oficial la supuesta índole razonable de las objeciones del otorgante o de los terceros notificados. Se dijo que la aceptación por el acreedor garantizado de bienes gravados a título de satisfacción total o parcial de la obligación garantizada constituía un remedio extrajudicial del incumplimiento que no debía ser innecesariamente dificultado con las demoras y gastos de un proceso ya sea judicial o de otra índole. Además, se observó que la índole razonable de una objeción era una cuestión de índole práctica y no jurídica que debería ser resuelta por las partes y no por un tribunal. Pese a que hubo algunas objeciones basadas en el argumento de que debería ser siempre posible, como de hecho sucedería en todo caso en algunos países, acudir por este motivo ante los tribunales, esta propuesta obtuvo suficiente apoyo del Grupo de Trabajo.

37. Otra propuesta fue la de que el acreedor garantizado debería estar, al menos, facultado para aceptar los bienes gravados al precio del mercado aun cuando el otorgante o algún tercero notificado hubiera presentado una objeción. Se dijo que ello no causaría perjuicio alguno a los derechos del otorgante o de algún tercero notificado, ya que el acreedor garantizado pagaría, en todo caso, el precio del mercado. Se objetó dicha propuesta que de hecho no era necesaria dado que, si había un precio del mercado establecido (noción que debería ser cuidadosamente definida), toda parte interesada aceptaría normalmente la propuesta del acreedor garantizado. Se observó además que si alguna parte interesada presentaba una objeción a la propuesta, el acreedor garantizado podría de todos modos vender los bienes gravados al precio del mercado.

38. Se propuso asimismo suprimir el texto final de la primera oración de la recomendación 115 (“sino ... bienes”), aduciéndose que si el otorgante o algún tercero notificado era contrario a la propuesta del acreedor garantizado de aceptar los bienes gravados en liquidación de la obligación garantizada, debería permitirse que el acreedor garantizado dispusiera de todo otro remedio que le estuviera reconocido, como si no hubiera formulado nunca su propuesta. Esta propuesta obtuvo apoyo suficiente.

39. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de las recomendaciones 113 a 115, a reserva de los cambios anteriormente reseñados.

Recomendaciones 116 a 119 (producto de toda venta excedentaria o insuficiente)

40. Respecto de la recomendación 116, se convino en que se destinara el producto neto de la venta ejecutoria (es decir, deducido todo gasto ejecutorio) a la liquidación de la obligación garantizada. Respecto de las recomendaciones 117 y 118, se convino en que se revisara su texto para evitar que el orden de prelación de los diversos acreedores concurrentes con arreglo al régimen de las operaciones garantizadas pudiera verse afectado a resultas de la aplicación de alguna regla procesal. Respecto de la recomendación 119, se convino en que se revisara su texto para evitar que un otorgante de la garantía, que no sea el deudor, pueda verse tenido por responsable de alguna insuficiencia eventual del producto. A reserva de dichos cambios, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de las recomendaciones 116 a 119.

Recomendación 120 (derecho del acreedor garantizado con prelación superior a hacerse cargo de la ejecución)

41. El Grupo de Trabajo aprobó, sin modificaciones, el contenido de la recomendación 120. Se sugirió que el principio de que se reconociera toda prelación de rango superior que un acreedor garantizado pudiera invocar frente a los demás era un principio general que sería aplicable a cuestiones no necesariamente de índole ejecutoria, por lo que debía ser enunciado en las disposiciones generales del proyecto de Guía. El Grupo de Trabajo decidió aplazar el examen de esa propuesta hasta que hubiera examinado las disposiciones de carácter general enunciadas en el proyecto de Guía.

Recomendación 121 (titularidad u otro derecho adquirido por acto de disposición extrajudicial)

42. Se convino en que el comentario debía aclarar que la recomendación 121 se refería a la "titularidad u otro derecho" sobre los bienes, dado que a tenor de la recomendación 110 el acreedor garantizado podrá "vender o arrendar ... conceder licencias ... o (enajenar los bienes gravados)"; y los propios bienes gravados tal vez sean un derecho de índole parcial como pudiera ser el derecho de un arrendatario o de un licenciatario. Se convino además en que el comentario debería aclarar que la remisión a la buena fe era aplicable en todo supuesto en el que el acto de disposición no hubiera cumplido con la norma general de conducta enunciada en la recomendación 89, a fin de amparar a todo comprador que hubiera obrado sin tener conocimiento de ese hecho. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo aprobó, sin modificaciones el contenido de la recomendación 121.

Recomendación 122 (titularidad u otro derecho adquirido por acto de disposición judicial)

43. El Grupo de Trabajo aprobó, sin cambios, el contenido de la recomendación 122.

Recomendación 123 (concurrencia entre el régimen de las operaciones garantizadas aplicable a los bienes muebles y el régimen aplicable a los inmuebles)

44. Se convino en que debía reformularse el apartado b) para que dijera que si en un mismo acto de disposición se enajenan bienes muebles e inmuebles, cabría enajenar los bienes muebles tanto con arreglo al régimen de las garantías reales mobiliarias como con arreglo al régimen de las garantías reales inmobiliarias. A reserva de dicho cambio, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 123.

Recomendación 124 (coordinación con otros regímenes aplicables)

45. El Grupo de Trabajo aprobó, sin cambios, el contenido de la recomendación 124.

Capítulo VII. Derechos y obligaciones de las partes previos al incumplimiento (A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.2, recomendaciones 86 y 87)

Sección concerniente a la finalidad

46. El Grupo de Trabajo aprobó, sin cambios, el contenido de esta sección.

Recomendación 86 (autonomía contractual)

47. Se convino en que era preferible la variante B de la recomendación 86 y en que debería incorporarse a las disposiciones generales del proyecto de Guía por estimarse que el principio de la autonomía contractual de las partes era aplicable a todo el texto del proyecto de Guía. En vista de la importancia de ese principio en lo concerniente a la relación entre las partes, se convino asimismo que debería ser tratado en detalle en el comentario del capítulo VII. Se convino además en que, para evitar que se diluyera este principio, toda excepción al mismo debía ser claramente definida y de alcance limitado y debería tener por objeto amparar al otorgante. Además, pese a ciertas dudas inicialmente expresadas, se convino en el acierto de haber señalado los derechos de terceros como un límite a la autonomía contractual de las partes. Se convino asimismo en que procedía que se coordinara la definición del principio general de la autonomía contractual con ciertos enunciados particulares de ese mismo principio en algunos de los capítulos del proyecto de Guía (por ejemplo, en las recomendaciones 90 y 91). Tras deliberar al respecto el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la variante B de la recomendación 86 y decidió suprimir la variante A.

Recomendación 87 (reglas supletorias)

48. El Grupo de Trabajo aprobó, sin cambios, el contenido de la recomendación 87.

Capítulo X. Dispositivos para la financiación de adquisiciones (A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.4, recomendaciones 125 a 135)

Finalidad

49. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del apartado a) de la sección concerniente a la finalidad. En cuanto al apartado b), se convino en aplazar el examen de las variantes presentadas en su texto hasta que se hubieran examinado todas las recomendaciones concernientes a los dispositivos de financiación.

Recomendación 125 (equivalencia entre ciertos dispositivos para la financiación de adquisiciones y las garantías reales)

50. Se convino en que se aplazara el examen de las variantes presentadas en la recomendación 125 acerca del enfoque no unitario hasta que se hubieran examinado todas las recomendaciones concernientes a los dispositivos para la financiación de adquisiciones.

Recomendación 126 (constitución de una garantía real del pago de una adquisición)

51. Hubo apoyo general en el Grupo de Trabajo en pro del contenido de la recomendación 126, que estaba inspirado en un enfoque unitario. Se convino en que debería prepararse una recomendación paralela para aquellos Estados que desearan seguir un enfoque no unitario. Conforme a la decisión del Grupo de Trabajo, en su séptimo período de sesiones, de que debería otorgarse igual trato a todos los proveedores de financiación para el pago de una adquisición (véase A/CN.9/574, párr. 35), prevaleció el parecer de que la nueva recomendación impusiera los mismos requisitos y exigiera los mismos resultados respecto de cada elemento de los dispositivos de financiación del pago de una adquisición. Prevaleció también el parecer de que dicha recomendación debería ser fácil de comprender y de aplicar para todo Estado en cuyo territorio se utilizarán los dispositivos de retención de la titularidad o similares como equivalentes funcionales más usuales de los dispositivos estrictamente de garantía, por lo que la recomendación debería basarse en terminología y conceptos con los que estuvieran familiarizados los países que utilizaban dichos dispositivos. Se dijo, a ese respecto, que en un supuesto de retención de la titularidad, tanto el vendedor como el comprador tal vez pudieran invocar un derecho asimilable a la propiedad, por lo que ninguno de ellos otorgaba una garantía real al otro y la intención de las partes de quedar obligadas pudiera estar enunciada en las condiciones contractuales generales ya sea del vendedor o ya sea del comprador. En ese mismo sentido, se señaló que si no se observaban los requisitos de forma propios de una venta con cláusula de retención de la titularidad, el vendedor seguiría siendo el propietario. Más aún, se convino en que se retuviera la recomendación 126 únicamente si difería en algo de la recomendación general concerniente a los requisitos de forma (es decir, la recomendación 8 en A/CN.9/WG.VI/WP.21, aún no examinada).

Recomendación 127 (validez de las garantías reales del pago de una adquisición frente a terceros)

52. Hubo acuerdo general en el Grupo de Trabajo en cuanto al contenido de la recomendación 127, que estaba basado en un enfoque unitario. Se convino también en que se preparara una recomendación paralela inspirada en un enfoque no unitario. Los pareceres expresados difirieron en cuanto a si debía aplicarse un mismo régimen en uno y otro caso. Según uno de los pareceres, de seguirse un enfoque no unitario, no debería imponerse el requisito de inscripción, ni tampoco debía otorgarse, alternativamente, un plazo de gracia más largo para acomodar dispositivos de retención de la titularidad o similares. Se dijo que la inscripción resultaría costosa y engorrosa, por lo que restaría eficiencia a ciertas operaciones de retención de la titularidad importantes. Ahora bien, prevaleció el parecer de que todo dispositivo que cumpliera alguna función de garantía real debía ser objeto de inscripción. Se dijo que la disponibilidad y el costo del crédito financiero se verían negativamente afectados si no se trataba por igual a todos los proveedores de financiación para el pago de adquisiciones. Se ha observado además que la eficiencia de todo sistema de inscripción registral se vería seriamente comprometida si no se sometía a inscripción a todas las operaciones que tuvieran alguna finalidad de garantía real. Se dijo asimismo que la inscripción reforzaba la transparencia, dificultaba la práctica de la constitución de garantías reales ocultas y dotaba de mayor seguridad o certeza a la financiación garantizada.

53. En cuanto al lenguaje utilizado, se convino en que se reformulara la segunda oración de la recomendación 127 a fin de que quedara claro que toda garantía real inscrita surtiría efecto no solo frente a terceros cuyos derechos nacieran entre la fecha de adquisición de la garantía real y de su inscripción, sino también frente a todo tercero que inscribiera su garantía real con posterioridad.

54. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo, al recordar su decisión en el séptimo período de sesiones (véase A/CN.9/574, párr. 46), decidió que, con independencia de si un Estado adoptaba un enfoque unitario o no unitario, todo dispositivo de financiación del pago de adquisiciones debería estar sujeto al requisito de inscripción y decidió además que todo plazo de gracia otorgado debería ser lo más breve posible.

Recomendación 128 (excepciones al principio de la inscripción registral)

55. Se convino en que toda operación de financiación de adquisiciones concerniente a artículos de consumo no debería estar sujeta al requisito de inscripción, con independencia de si los artículos de consumo tenían o no un valor de reventa. Se convino también que esa excepción no impediría la inscripción de esas operaciones en registros especiales o en algún sistema de certificación de la titularidad. A reserva de esos cambios, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 128.

Recomendación 129 (prelación de las garantías reales del pago de adquisiciones sobre otras garantías reales constituidas sobre bienes futuros que no sean existencias, cuya inscripción sea anterior)

56. Hubo acuerdo general en el Grupo de Trabajo de que la recomendación 129 bastaba para los fines del enfoque unitario. En cuanto a su texto, y a fin de evitar toda confusión con el supuesto de una garantía real inscrita con anterioridad a su

creación, se convino en que se hablara de garantías reales cuya inscripción sea anterior, en vez de previamente inscritas. Si bien se expresaron ciertas dudas sobre si el apartado i) resultaría apropiado en el contexto de una recomendación inspirada en el enfoque no unitario, prevaleció el parecer de que todo prestamista del precio de compra y todo vendedor con retención de la titularidad deberían gozar de una prelación privilegiada (es decir, de prelación frente a toda garantía real cuya inscripción fuera anterior) en el supuesto de que retengan la posesión efectiva de los bienes, y de que hagan inscribir un aviso en el registro de las garantías reales dentro de un plazo especificado tras efectuar la entrega efectiva de los bienes al otorgante o al comprador, o en el momento de constituirse la garantía real si la inscripción no era exigible con arreglo a lo indicado en la recomendación 128 (a reserva de que se haya cumplido con las formalidades de todo otro sistema de inscripción aplicable como pudiera ser el de la matriculación de vehículos). A reserva del cambio anteriormente indicado, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 129, inspirada en el enfoque unitario, y pidió a la Secretaría que formulara una recomendación paralela que siguiera el enfoque no unitario.

Recomendaciones 130 y 131 (prelación de las garantías reales del pago de adquisiciones sobre otras garantías reales constituidas sobre existencias futuras, cuya inscripción sea anterior)

57. Se convino en que el cambio efectuado en la recomendación 129 (concerniente a la inscripción anterior) se efectuara igualmente en la recomendación 130 (véase el párrafo 56 *supra*). Tras deliberar al respecto, se convino también en que no era necesario que el aviso inscrito mencionara el rango de prelación de la garantía real del pago de adquisiciones. Se dijo que el aviso a dar debería ser fácil de formular para profesionales del comercio y, en todo caso, todo financiador del precio de adquisiciones no estaba, en principio, obligado a informar, a los financiadores de existencias ya inscritas, sobre el rango de prelación privilegiado del que gozaban las garantías del pago de adquisiciones. A reserva de esos cambios, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 130 como formando parte del enfoque unitario.

58. Se convino también en que se preparara una recomendación paralela para aquellos Estados que desearan seguir un enfoque no unitario. Se dijo que esa recomendación no se ocuparía en principio de cuestiones concernientes al orden de prelación, sino de si un vendedor con retención de la titularidad podía hacer valer su derecho de propiedad frente a terceros (se aclaró que este punto era asimismo aplicable a la recomendación 129).

59. A ese respecto, se hizo la sugerencia de que, a fin de no dar lugar a demoras, gastos y formalidades innecesarias para una operación de venta con retención de la titularidad, dicha operación no debería estar sujeta al requisito de inscripción, o de estarlo debería disponerse de un plazo de gracia largo (de 3 a 6 meses) para efectuarla, sin que se otorgara un trato distinto a los bienes vendidos por el hecho de que pasaran a formar parte de las existencias de una empresa. Se dijo que el requisito de inscripción podría debilitar la estructura de ciertas operaciones de retención de la titularidad basadas en conceptos compartidos por cierto número de países europeos y recogidos en normas de rango legal de la Unión Europea. Se adujeron frente a esa sugerencia las mismas razones que se alegaron en el examen de este asunto durante el séptimo período de sesiones del Grupo de Trabajo

(véase A/CN.9/574, párrs. 55 y 56). Se observó que el Grupo de Trabajo debería tener presentes los intereses de todos los Estados y no meramente los de una región en particular. Se observó además que la normativa legal y la práctica comercial aplicable a la retención de la titularidad difería notablemente de un país a otro, incluso en el interior de una misma región, y que la normativa legal de la Unión Europea concerniente a la retención de la titularidad remitía esta cuestión al derecho interno de cada país.

60. Prevaleció, no obstante, el parecer de que a fin de que la recomendación 130 resultara más comprensible para los abogados de tradición civilista, deberían explicarse en el comentario sus consecuencias eventuales. Dicho comentario podría explicar, en particular, que desde el momento en que se autorizara la constitución de garantías reales sobre bienes futuros, cabía que surgieran, entre un vendedor con retención de la titularidad y un prestamista, conflictos que solo se daban en aquellos pocos países que admitían la venta con cláusula de retención de la titularidad y que permitían al mismo tiempo la venta de bienes futuros con dicha cláusula. El comentario podría explicar asimismo que, con arreglo al régimen previsto en el proyecto de Guía, todo vendedor con retención de la titularidad podría hacer inscripción y dar notificación, por un período de cinco años, de operaciones de venta múltiples entre unas mismas partes, lo que dotaría a sus sucesivas garantías reales de validez frente a terceros y les daría incluso prelación frente a las garantías reales de otras partes interesadas que hubieran efectuado una inscripción anterior.

61. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo aprobó, sin modificaciones, el contenido de la recomendación 131 y pidió a la Secretaría que preparara una recomendación paralela para los países que siguieran un enfoque no unitario.

Recomendación 132 (garantías cruzadas)

62. Se dijo que la recomendación 132 se ocupaba del supuesto de la proliferación de las garantías reales y no de la existencia de garantías propiamente cruzadas. Se observó también que la recomendación 132 tal vez no fuera necesaria dado que no había nada en el proyecto de Guía que sugiriera que la parte que financiaba una adquisición no actuaba como tal simplemente porque esa misma parte gozara también de alguna otra garantía real sobre los bienes que fueran objeto de la garantía real del pago de la adquisición o porque la garantía real del pago de la adquisición garantizara además otras obligaciones. Tras deliberar al respecto, se convino en que cabía suprimir la recomendación 132 y dejar que esta cuestión fuera tratada en el comentario.

Recomendación 133 (prelación de las garantías reales del pago de adquisiciones sobre el producto de las existencias)

63. Se convino en que la recomendación 133 debía poner en claro que el aviso concerniente al producto de la venta de las existencias, del que se habla en la salvedad de la recomendación, podía ser dado al mismo tiempo que se daba a todo financiador de las existencias inscrito con arreglo a lo previsto en la recomendación 130 (es decir, con anterioridad a la entrega efectiva de las existencias al otorgante). Se convino también en que, en todo caso, ese aviso debía darse no más tarde del momento en que se materializara el producto de su venta.

64. En respuesta a una pregunta, se dijo que, al exigir que se diera aviso a todo financiador inscrito con una garantía real sobre una misma categoría de bienes que el producto de las existencias como pudieran ser los créditos por cobrar, la recomendación 133 aminoraba la carga de toda persona que consultara el registro que sabría que tendría que consultar las inscripciones concernientes a garantías constituidas tanto sobre existencias como sobre créditos por cobrar del garante. Se convino en que el comentario podría precisar el significado del concepto y los efectos del aviso que se había de dar.

65. A reserva de esos cambios, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 133 y pidió a la Secretaría que preparara una recomendación paralela para los países que siguieran un enfoque no unitario, así como una recomendación similar (sin la cláusula de salvedad) sobre la prelación de toda garantía real constituida sobre el producto de la venta de bienes de equipo.

Recomendación 134 (ejecución de la garantía)

66. Se convino en que la variante de la recomendación 134 concerniente al enfoque unitario enumerara todos los remedios de que dispusiera un financiador del pago de una adquisición (incluido el de aceptar los bienes gravados a título de satisfacción total o parcial de la obligación garantizada y el cobro de los créditos por cobrar) y no únicamente el derecho a tomar posesión de los bienes y disponer de ellos. A reserva de ese cambio, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de dicha variante de la recomendación 134.

67. En cuanto a la variante de la misma recomendación 134 concerniente al enfoque no unitario, se expresaron cierto número de inquietudes. La primera de ellas era la de que los derechos y remedios de un vendedor con cláusula de retención de la titularidad, no podían ser los mismos que los de un prestamista financiado del precio de compra. Otra inquietud era la de que no se hablaba de las obligaciones. Se expresó además inquietud de que las palabras “en la máxima medida posible” tal vez no bastaran para obtener la equivalencia deseable en el trato otorgado a todos los dispositivos para la financiación del pago de adquisiciones, con independencia de si se sigue un enfoque unitario o no unitario. Se expresó el temor de que el texto actual no bastara para aquellos Estados que tal vez introduzcan la noción de una garantía real del precio de una adquisición, sin abandonar por ello la práctica de la retención de la titularidad para los vendedores y arrendadores. A fin de responder a esas inquietudes, se hicieron varias sugerencias. Una de ellas era la de que la recomendación basada en un enfoque unitario fuera igualmente aplicable al enfoque no unitario. Se objetó a dicha sugerencia que si bien los requisitos previos y los resultados debían ser los mismos, los derechos y los remedios (o la manera de lograr la equivalencia deseada) diferían. También se sugirió que cabría formular la recomendación en términos como los siguientes: “El régimen debería disponer que, en caso de incumplimiento por parte del comprador, del otorgante o del arrendatario financiero, toda garantía real del pago de adquisiciones debería ser ejecutada con miras a que: i) se observen los mismos principios y objetivos que los que rigen la ejecución de una garantía real en general; y ii) se obtengan los mismos resultados”. Dado que esta última sugerencia obtuvo suficiente apoyo, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisara la variante concerniente al enfoque no unitario de la recomendación 134 con arreglo a lo indicado.

Recomendaciones concernientes al trato que se ha de otorgar a los dispositivos para la financiación del pago de una adquisición en todo supuesto de insolvencia

68. El Grupo de Trabajo decidió aplazar el examen de las recomendaciones concernientes a los dispositivos para la financiación del pago de adquisiciones en supuestos de insolvencia hasta que hubiera tenido la oportunidad de examinar todas las recomendaciones concernientes a la insolvencia.

Recomendación 135 (conflicto de leyes)

69. Se convino en que todas las recomendaciones concernientes a conflictos de leyes, incluidas las concernientes a las garantías reales constituidas sobre bienes inmateriales, fueran aplicables también al producto de la venta de bienes corporales que fueran objeto de una garantía real para la financiación del pago de una adquisición de bienes, que tal vez fueran inmateriales. A reserva de ese cambio, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 135.

Derechos de propiedad intelectual (A/CN.9/WG.VI/WP.21, recomendación 3 h) y A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1, párrafos 13, 14 y 21 dd))

70. El Grupo de Trabajo comenzó por considerar si procedía que se examinaran en el proyecto de Guía las garantías reales constituidas sobre derechos de propiedad intelectual. Prevaleció el parecer de que los derechos de propiedad intelectual debían ser examinados por el proyecto de Guía. Se dijo que era importante que se facilitara la utilización de los derechos de propiedad intelectual como fuente de crédito financiero y que se reconociera la creciente importancia y valor de los derechos de propiedad intelectual como activos financieros de una empresa, particularmente de empresas medianas y pequeñas de todo el mundo. Además, se observó que los derechos de propiedad intelectual estaban tan íntimamente vinculados a otros bienes, como los bienes de equipo y las existencias, que sería extremadamente difícil separar dichos derechos de esos bienes, a fin de excluirlos del proyecto de Guía. Más aun, se dijo que la exclusión de los bienes de propiedad intelectual de un régimen de las operaciones garantizadas no solo impediría aprovecharlos para obtener crédito, sino que limitaría la utilidad de la Guía al dejar a los Estados sin orientación alguna sobre las garantías reales constituidas sobre derechos de propiedad intelectual.

71. Hablando en nombre de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), se dijo que la OMPI respaldaba la labor de la CNUDMI en este empeño y se reiteró su oferta de prestar asistencia sobre la base de su propio mandato y del acervo pericial acumulado por la OMPI en el campo de la propiedad intelectual. Se observó además que la propiedad intelectual debería ser incorporada al ámbito de la Guía por las razones anteriormente mencionadas. Ahora bien, se dijo asimismo que sería ineludible reformular algunas de las recomendaciones que se hacían en el proyecto de Guía a fin de que no tuvieran un impacto negativo sobre el sector de la propiedad intelectual, así como sobre la comunidad financiera y a fin de evitar todo conflicto que pudiera surgir, a resultas de la aplicación de las recomendaciones de la Guía, con algunos regímenes de la propiedad intelectual preexistentes y con obligaciones contraídas en virtud de tratados internacionales, así como con las

prácticas comerciales nacidas al amparo de esas leyes y de esas obligaciones. Sin dejar de reconocer la necesidad de modernizar el derecho interno aplicable a las operaciones garantizadas, la OMPI instó al Grupo de Trabajo a que se evitara todo efecto negativo del nuevo régimen sobre el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual. La OMPI reconocía la necesidad de impartir orientación al legislador sobre cuestiones concernientes a la propiedad intelectual en el marco del régimen de las garantías reales, así como la necesidad de reformular las recomendaciones del proyecto de Guía para adaptarlas cuando fuera necesario y para precisar cuáles eran los ajustes requeridos y la manera de efectuarlos. Se observó que no cabía encontrar actualmente esa orientación en el texto de la futura Guía.

72. Se anunció, por ello, que la OMPI iniciaría un proceso de consulta con un grupo de trabajo constituido por expertos en propiedad intelectual a fin de informar e impartir orientación a los Estados en lo concerniente a cuestiones de propiedad intelectual en el marco del régimen de las garantías reales y a fin de examinar también las recomendaciones del proyecto de Guía para cerciorarse de su compatibilidad con las peculiaridades de la propiedad intelectual y sugerir todo ajuste que se estimara necesario en esas recomendaciones. Se mencionó, en particular, que la iniciativa de la OMPI trataría de dar a conocer mejor el aprovechamiento de la propiedad intelectual al servicio de las operaciones garantizadas en países que no estuvieran familiarizados con esas posibilidades o las comprendieran mal. Se dijo también que la OMPI se mantendría en contacto con la CNUDMI, a fin de gestionar adecuadamente esa cooperación y de coordinar la labor de la OMPI con la del Grupo de Trabajo, a fin de poder prestar la máxima asistencia e impartir orientación a los Estados en orden a la reforma de su normativa legal concerniente a la propiedad intelectual y a las garantías reales.

73. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo convino en que deberían incluirse los derechos de propiedad intelectual en el ámbito de aplicación de la futura Guía.

Recomendación 3 h) (A/CN.9/WG.VI/WP.21)

74. El Grupo de Trabajo pasó a examinar la formulación de la recomendación 3 h) que, conforme observó, se examinaba en los párrafos 13 y 14 del capítulo I (Introducción), mientras que los derechos de propiedad intelectual se definían en el párrafo 21 dd) del capítulo I (A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1). Se opinó en general que el texto de la recomendación 3 h) estaba correctamente formulado para obtener que el proyecto de Guía fuera en general aplicable a las garantías reales constituidas sobre derechos de propiedad intelectual, no solo sin que el Grupo de Trabajo tuviera que examinar la aplicabilidad de cada una de las recomendaciones a las garantías reales constituidas sobre dicho tipo de bienes, lo que se opinaba en general que era una tarea que iba más allá del actual proyecto, sino también sin que ello interfiriera con el régimen legal aplicable a la propiedad intelectual. La sugerencia de que se hiciera no solo remisión al régimen de la propiedad intelectual, ya fuera interno o internacional, sino también a las prácticas comerciales no obtuvo apoyo. Se dijo que una remisión tan incondicionada a las prácticas comerciales era demasiado lata y podría eventualmente excluir por completo a los derechos de propiedad intelectual del régimen legal de las operaciones garantizadas. Se observó además que, de ser necesario, cabría hacer una remisión en el comentario a ciertas prácticas comerciales de aceptación general, de uso generalizado y reconocidas por la

normativa legal aplicable. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo aprobó, sin cambios el contenido de la recomendación 3 h).

Promesas independientes (A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1, párrafo 21 y), z), aa) y bb), A/CN.9/WG.VI/WP.21, recomendación 25, A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.1, recomendaciones 49 y 62, A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.2, recomendación 106, A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.5, recomendación 138)

75. Se convino en general en que el proyecto de Guía debería ocuparse de las garantías reales constituidas sobre el producto del cobro de promesas independientes (es decir, sobre cartas de crédito contingente o comerciales, y sobre garantías independientes). Se dijo que ese enfoque reflejaría la aceptación generalizada del producto del cobro de promesas independientes como fuente eventual de crédito. Se observó, además, que el proyecto de Guía complementaría otros esfuerzos internacionales por unificar el régimen legal aplicable a las promesas independientes, particularmente la labor de la Cámara de Comercio Internacional (CCI). En cuanto al bien que había de ser objeto de la garantía real, se convino en que no fuera la promesa independiente en sí o el derecho a reclamar el pago en virtud de una promesa independiente, sino el derecho a recibir dicho pago. A ese respecto, se expresó el parecer de que si bien el producto del cobro de las promesas independientes podría ser examinado en el proyecto de Guía, no sería necesario elaborar ninguna recomendación expresa al respecto, dado que serían aplicables las recomendaciones enunciadas respecto de los créditos por cobrar en general. Ahora bien, el Grupo de Trabajo observó que el derecho a recibir el pago en virtud de una promesa independiente debería ser tratado al igual que el derecho a recibir el pago del saldo de una cuenta bancaria, es decir, en calidad de un crédito por cobrar especial sujeto a ciertas recomendaciones peculiares a la índole del bien gravado y que reflejaran las necesidades de las partes en esta categoría de operaciones.

Definiciones (A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1, párrafo 21 y), z), aa) y bb))

76. El Grupo de Trabajo pasó seguidamente a las definiciones de los términos utilizados (véase A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1, párr. 21 y), z), aa) y bb)). Se dijo que las palabras “al margen del régimen de las operaciones garantizadas” en la definición de “promesa independiente” (véase A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1, párr. 21 y)) eran innecesarias por hacerse ya suficiente remisión a toda otra norma legal que fuera aplicable y que, en todo caso, esta definición no tenía por objeto enunciar una regla.

77. Si hicieron cierto número de propuestas concernientes a la definición del término “producto del cobro de una promesa independiente” (véase A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1, párr. 21 z)). Se propuso que: se sustituyera “pago realizado” por “pago exigible o en trance de pasar a serlo”, así como que se suprimieran las palabras “una obligación de pago diferido contraída” y que se insertaran las palabras “que fuera a ser” antes de la palabra “entregada”. Otra propuesta fue la de sustituir la palabra “producto” que formaba parte del propio término definido por un texto que dijera “el derecho a recibir

un pago en virtud de una garantía independiente". Se dijo que el empleo del término "producto" tal vez resultara confuso en vista de que ese término se utilizaba en el proyecto de Guía para referirse a "todo lo que se reciba respecto de los bienes gravados" (véase A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1, párr. 21 ee)). Se sugirió asimismo que se utilizara en su lugar el término "crédito por cobrar". En respuesta a una y otra propuesta, se señaló que el término con el que estaba familiarizado el sector comercial interesado era precisamente el de "producto del cobro de una promesa independiente", y que ese término se utilizaba en textos de importancia para ese sector. Se dijo también que, en vista de la ley y la práctica aplicables sería improcedente utilizar el término de "crédito por cobrar".

78. Se sugirió que en la definición de "garante/emisor" (véase A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1, párr. 21 aa)), se hiciera también referencia a la figura del contragarante.

79. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisara las definiciones, habida cuenta de los pareceres expresados y de las sugerencias efectuadas.

Recomendación 25 (A/CN.9/WG.VI/WP.21)

80. La recomendación 25 obtuvo el apoyo general del Grupo de Trabajo.

Recomendación 49 (A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.1)

81. Se hicieron cierto número de sugerencias. Una de ellas fue la de que la definición dada en la nota de la recomendación 49 podría sustituir a la definición de "control" en lo concerniente a la promesa independiente (y cabía sustituir con un texto similar la definición de "control" en lo concerniente a las cuentas bancarias). Otra sugerencia fue la de que se hiciera referencia en la definición de "control" al derecho de disponer o de enajenar. Se sugirió además que tal vez fuera necesario una recomendación aparte para velar por que, con independencia de la creación de una garantía real sobre el producto del cobro de una promesa independiente, así como de su validez frente a terceros o de su prelación, el garante/emisor no tuviera que pagar contra su voluntad al acreedor garantizado. Se sugirió por último que debería reformularse el apartado d), dado que una promesa independiente no seguiría automáticamente al crédito por cobrar, cuyo cobro respaldaba. Se dijo que se necesitaría un nuevo acto de transmisión con arreglo al artículo 10 1) de la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisara la recomendación 49, habida cuenta de los pareceres expresados y de las sugerencias efectuadas.

Recomendación 62 (A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.1)

82. Se hicieron cierto número de sugerencias. Una de ellas era la de que debería suprimirse el apartado b), dado que el reconocimiento constituía una forma de control ya tratada en el apartado a). Se dijo que el elemento de los reconocimientos contradictorios podría ser tratado en el apartado a). Otra sugerencia fue la de que el apartado c) quedara limitado a los supuestos previstos en la recomendación 49 b) en los que la posesión era un requisito para el pago. Se sugirió también que, si se retenía la inscripción como método de dotar a la garantía real de validez frente a

terceros, debería introducirse alguna regla de prelación en la recomendación 62 para determinar la prelación de las garantías reales inscritas. Se sugirió además que debería suprimirse el apartado d) dado que un aspecto fundamental de la índole independiente de una promesa era el de que la promesa no seguiría a los créditos por cobrar cuyo pago tenía por objeto respaldar. Se dijo, no obstante, que la expectativa de las partes sería la de que toda obligación constituida en apoyo de un crédito por cobrar seguiría a dicho crédito. En un esfuerzo por salvar las divergencias entre esos dos pareceres, se observó que en uno y otro, salvo que diera su consentimiento, el garante/emisor o la persona designada no estaría obligada a pagar al acreedor garantizado, conforme a lo previsto en la recomendación 106 (A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.2). A ese respecto, se sugirió que la recomendación 106 fuera reformulada en forma de un principio de aplicación general, es decir que fuera incluso aplicable en casos ajenos a la ejecución de la garantía. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisara la recomendación 62, habida cuenta de los pareceres expresados y de las sugerencias efectuadas.

Recomendación 106 (A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.2)

83. El contenido de la recomendación 106 obtuvo el apoyo general del Grupo de Trabajo. Se reiteró la sugerencia de que su contenido fuera reformulado en forma de un principio general aplicable a todos los capítulos del proyecto de Guía.

Capítulo XI. Conflicto de leyes (A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.5, recomendaciones 136 a 149)

Finalidad

84. Se convino en que se suprimieran las palabras “cuando proceda” que figuran en el segundo párrafo de la sección concerniente a la finalidad. Se convino también en que se separaran los ejemplos que se daban en dicho párrafo, dado que la transferencia de la titularidad estaba ya reconocida como garantía real por los regímenes tanto unitarios como no unitarios, lo que no era el caso ni de la retención de la titularidad ni del arrendamiento financiero en los regímenes no unitarios.

Recomendación 136 (garantías reales sobre bienes corporales)

85. El Grupo de Trabajo convino en que la recomendación 136 sería también aplicable a las garantías reales constituidas sobre títulos y documentos negociables. Se sugirió, no obstante, que la validez frente a terceros de una garantía real sin desplazamiento constituida sobre un título negociable debería estar sujeta a la ley del Estado en donde esté situado el otorgante (es decir, a la ley aplicable según la recomendación 137). Prevaleció el parecer de que este sería el enfoque acertado, dado que un acreedor garantizado podría remitirse al derecho interno de un país determinado para dotar de validez frente a terceros a títulos negociables emitidos en diversos países.

86. Se sugirió que se reformulara la recomendación 136 en términos que hicieran que toda cuestión concerniente a una garantía real, es decir, no meramente su creación, su validez frente a terceros y su prelación, quedara sometida a la ley del país donde estuviera situado el bien gravado. Se dijo que toda excepción debería ser limitada y explícitamente indicada. Esta sugerencia no obtuvo apoyo suficiente.

Se observó que el proyecto de Guía estaba distribuido conforme a esas categorías de cuestiones. Se dijo también que toda cuestión no prevista en la recomendación 136 (por ejemplo, la ejecución) había sido abordada en recomendaciones subsiguientes (por ejemplo en la 149).

87. En lo concerniente a los bienes muebles, se indicó que la regla enunciada en la segunda oración de la recomendación 136 no les sería aplicable si esos bienes estaban sujetos a algún requisito de inscripción en un registro especial, que debería ser respetado, conforme a lo dispuesto en el capítulo dedicado a la validez frente a terceros.

88. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo aprobó, sin cambios, el contenido de la recomendación 136, y pidió a la Secretaría que incluyera en el comentario toda explicación que procediera sobre las cuestiones anteriormente examinadas. Se pidió también a la Secretaría que preparara un proyecto de recomendación por el que se remitiera la cuestión de la validez frente a terceros de una garantía real sin desplazamiento, constituida sobre un título negociable, a la ley del país donde estuviera situado el otorgante.

Recomendación 137 (garantías reales sobre bienes inmateriales)

89. Se cuestionó la posibilidad de que la recomendación 137 resultara aplicable a los derechos de propiedad intelectual. Se convino en que se aclarara este punto en el comentario. En nombre de la OMPI, se dijo que la recomendación 137 era una de las recomendaciones que habrían de ser retocadas para que resultara aplicable a los derechos de propiedad intelectual. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo aprobó, sin modificaciones, el contenido de la recomendación 137.

Recomendación 138 (garantías reales sobre el producto del cobro de una promesa independiente)

90. Se hicieron cierto número de sugerencias. Una de ellas fue la de que se suprimiera la referencia que se hacía a la ejecución de la garantía en el apartado a). Se dijo que la ejecución de una garantía real sobre el producto del cobro de una promesa independiente debería estar sujeta a la ley que fuera aplicable a la ejecución (recomendación 149 y no a la ley del país donde estuviera situado el otorgante). Se sugirió también que se reformulara el apartado b) en forma de una recomendación concerniente a la ley aplicable a las obligaciones del garante/emisor o de la persona designada, y que se coordinara su texto con el del apartado c). Se dijo que el nuevo texto debería seguir, en lo posible, el lenguaje utilizado en la recomendación 148 concerniente a la relación entre el deudor de una cuenta y el cesionario. Otra sugerencia fue la de que se preparara una recomendación similar a la recomendación 140 en lo concerniente a las garantías reales sobre el producto del cobro de una promesa independiente. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisara la recomendación 138, habida cuenta de los pareceres expresados y de las sugerencias efectuadas.

Recomendaciones 139 y 140 (garantías reales sobre cuentas bancarias)

91. Las delegaciones expresaron opiniones divergentes sobre las variantes propuestas de la recomendación 139. En apoyo de la variante A, se sostuvo que era preferible la regla aplicable a los valores bursátiles en virtud del Convenio de

La Haya sobre el derecho aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en poder de un intermediario (es decir, la ley que rige la cuenta), pues las cuentas bancarias y las cuentas de valores eran muy similares y resultaba difícil hacer una distinción entre ambos tipos de cuentas cuando un banco prestaba los dos tipos de servicios a sus clientes. Además, se observó que esa variante ofrecería seguridad y previsibilidad, ya que los prestamistas esperarían recibir una copia del acuerdo de cuenta (o incluso obtener un acuerdo de control) antes de otorgar crédito sobre la base de una cuenta bancaria. Además, se objetó que la variante C (la ley del lugar donde esté situado el banco que lleve la cuenta y el criterio del "vínculo más estrecho") crearía incertidumbre, puesto que no existía ningún sistema universalmente aceptable para localizar las cuentas bancarias y porque el criterio del vínculo más estrecho era vago. Se argumentó también que la aplicación de la ley que rija la cuenta bancaria no produciría cambios en la práctica, dado que los bancos ya aplicaban esa regla a las cuentas de valores.

92. En favor de la variante C, se señaló que la ley aplicable a las garantías reales constituidas sobre cuentas bancarias debía diferir de la ley aplicable a las garantías constituidas sobre cuentas de valores, dado que las cuentas bancarias diferían tanto conceptual como funcionalmente de las cuentas de valores. Se sostuvo que la cuenta bancaria entrañaba una relación bilateral entre el cliente y el banco que difería de los sistemas multilaterales e intermediados que caracterizaban la tenencia de las cuentas bursátiles. Se indicó asimismo que, si bien cabía mantener dinero en efectivo en las cuentas de valores, esa posibilidad se consideraba un factor accesorio de dichos tipos de cuentas y el dinero en efectivo se mantenía en subcuentas separadas para fines concretos, como, por ejemplo, para la adquisición de valores o para el depósito de dividendos. Se argumentó además que el Convenio de La Haya no se había concebido para las cuentas bancarias, y, si bien se habían realizado estudios sobre las repercusiones de las reglas sobre las cuentas de valores, no se había llevado a cabo ninguno respecto de las cuentas bancarias. Se observó que el ámbito de aplicación del Convenio de La Haya cubría los valores desmaterializados, cuya gestión era mucho más compleja que las de las cuentas bancarias.

93. Además, se observó que era relativamente fácil localizar una cuenta bancaria en una determinada filial, por lo que toda regla basada en dicho factor de conexión ofrecería certeza de antemano (es decir, antes de cerrar el trato). En cambio, según otra delegación, resultaría difícil para un tercero averiguar cuál era la ley elegida en un acuerdo de cuenta debido a que esos documentos solían ser confidenciales. Se señaló asimismo que la aplicación de la ley que rigiera el acuerdo de cuenta podría tener graves repercusiones sobre la práctica bancaria, dado que los derechos y obligaciones del banco, así como toda medida ejecutoria quedarían sujetos a otra ley que no sería la del lugar en que se encontraran. Se mencionó asimismo que los terceros no dispondrían de ningún medio para determinar la ley aplicable a la cuenta, puesto que el acuerdo de cuenta estaría bajo la protección del secreto bancario. Se consideró también que el concepto de la autonomía contractual de las partes no era apropiado en las cuestiones regidas por el derecho de propiedad. Frente a este argumento se adujo que, fuera cual fuera la ley aplicable a las cuentas bancarias, ello no afectaría a la ley aplicable a cuestiones reglamentarias, fiscales, de contabilidad o penales, que seguirían rigiéndose por la ley aplicable en el lugar en que se encontrara el banco pertinente. También se estimó que el secreto bancario no era un problema, pues los prestatarios acostumbraban a facilitar a los prestamistas una copia del acuerdo de cuenta bancaria a fin de obtener crédito sobre

la base de dicho acuerdo, y a menudo los prestamistas obtenían un acuerdo de control con el consentimiento del banco depositario. Además, se observó que el análisis basado en el principio de la autonomía contractual de las partes no era muy útil, dado que la variante B aludía a algunos factores de conexión objetivos y la variante C daba a fin de cuentas a las partes cierto margen de elección en lo que respecta a la ubicación de una cuenta.

94. Durante el debate se planteó la cuestión de si la recomendación 139 sería aplicable a las transferencias de cuentas. Se respondió que sería aplicable a los conflictos de prelación que se plantearan en las transferencias de cuentas bancarias en virtud de la definición de "reclamante concurrente", que suponía la existencia de un cesionario de un bien gravado (A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1, párr. 21 gg)). Por la misma razón, las recomendaciones del proyecto de guía relativas a la prelación se aplicarían a un conflicto en el que estuviera involucrado un cesionario de una cuenta bancaria. No obstante, la cuestión de si la totalidad del proyecto de guía se aplicaba a las transferencias de cuentas bancarias era dudosa, ya que si bien la recomendación 3 f) (véase A/CN.9/WG.VI/WP.21) disponía que, en general, toda cesión pura y simple de créditos por cobrar entraba en el ámbito de aplicación del proyecto de guía, las cuentas bancarias estaban, sin embargo, excluidas de la definición de "crédito por cobrar" (A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1, párr. 21 o)).

95. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió mantener en el texto de la recomendación 139 la variante B (en la que se plasmaba de manera concisa y más adecuada para el proyecto de guía el enfoque adoptado en la variante A) y la variante C (omitiendo la referencia al "criterio del vínculo más estrecho"). Según la opinión general, dado que la elección entre esas variantes dependía de si de hecho o en la práctica las cuentas bancarias eran fáciles o no de ubicar, convendría recopilar información sobre la práctica comercial y someter dicha información a debate. En cuanto a la recomendación 140 y a la referencia a dicha recomendación que figuraba en la parte introductoria de la recomendación 139, el Grupo de Trabajo decidió mantenerlas, pero sin corchetes.

Recomendación 141 (producto)

96. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de la recomendación 141.

Recomendación 142 (mercancías en tránsito y mercancías de exportación)

97. Se observó que las garantías reales sobre mercancías en tránsito y sobre mercancías de exportación podían constituirse y hacerse valer frente a terceros en virtud de la recomendación 136, de conformidad con la ley de su país de origen, o, en virtud de la recomendación 142, con arreglo a la ley del país de su destino final. Muchos opinaron que no era preciso hacer referencia, en la recomendación 142, a los títulos negociables. Se argumentó que para el supuesto habitual de que los documentos acompañaran a las mercancías, bastaba con la recomendación 142. También se consideró que la recomendación 142 bastaría para regular el supuesto de que las mercancías viajaran sin documentos. En cuanto al supuesto poco frecuente en que las mercancías no estuvieran en tránsito pero los documentos sí, se estimó que sería aplicable la recomendación 136 para disponer la aplicación de la ley del lugar en donde se encontrara el bien gravado (es decir, el documento). Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en que convendría aclarar las cuestiones

tratadas en este párrafo en el comentario, y aprobó sin cambios el contenido de la recomendación 142.

Recomendación 143 (significado de "ubicación" del otorgante)

98. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de la recomendación 143.

Recomendación 144 (momento aplicable al determinar la ubicación)

99. Se convino en que los conflictos de prelación que surgieran exclusivamente entre reclamaciones nacidas antes de la reubicación de los bienes o del otorgante deberían estar sujetas a la ley de la ubicación inicial, y no a la ley del Estado en que se encontraran los bienes cuando surgiera el conflicto de prelación. A reserva de este cambio limitado, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 144.

Recomendación 145 (continuidad de la validez frente a terceros tras el cambio de ubicación)

100. Se convino en que al final de la recomendación 145 se añadiera un texto en los siguientes términos: "y, para determinar la prelación con arreglo al derecho interno del Estado promulgante, a efectos de toda norma para la que el momento de efectuarse la inscripción registral o alguna otra formalidad sirva de referencia para validar la garantía frente a terceros, se tendrá en cuenta el momento en que ese hecho haya ocurrido con arreglo al derecho interno de ese otro Estado.". Se indicó que ese texto serviría para precisar el momento en que la garantía pasaría a ser válida frente a terceros. Se convino también en la posibilidad de revisar la expresión "Estado promulgante" con objeto de evitar dar a entender, implícitamente, que el otro Estado no hubiera incorporado las recomendaciones a su ordenamiento interno. Se explicó que la recomendación se había redactado desde el punto de vista del Estado de destino, ya que normalmente sería aplicable la ley de dicho Estado, y partiendo del supuesto de que fuera un Estado promulgante, ya que, de lo contrario, no se aplicarían las recomendaciones. A reserva de esas modificaciones, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 145.

Recomendación 146 (*remisión*)

101. Se indicó que debía revisarse el título de la recomendación 146 para indicar que la remisión estaba excluida (por ejemplo, exclusión de la remisión o inadmisibilidad de la remisión). Se observó también que en el comentario se podría explicar lo que se entendía por "ley en vigor". A reserva de esas modificaciones, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 146.

Recomendación 147 (ley aplicable a los derechos y obligaciones del otorgante y del acreedor garantizado)

102. El Grupo de Trabajo convino en eliminar los corchetes de la expresión "con respecto a la garantía real" a fin de vincular el ámbito de aplicación de esa disposición al tema del proyecto de Guía, haciéndola aplicable a los derechos y obligaciones de las partes en relación con la garantía real. El Grupo de Trabajo también convino en suprimir los corchetes de la expresión "o establecidos por la ley" para que la norma fuese aplicable a los derechos y obligaciones relativos a la garantía real que, si bien se hubieran originado al constituirse ésta (y en ese sentido

tendrían su origen en el acuerdo de garantía), estuvieran reconocidos por la ley en el sentido de que no se estipularan expresamente en el acuerdo ni estuviesen implícitos en él, sino que formaran parte de la garantía de pleno derecho. Un ejemplo era la índole y el alcance de la obligación de la parte garantizada de velar por el bien constituido en garantía mientras estuviera en posesión de él, obligación ésta que no emanaba directamente del acuerdo de garantía, sino que formaba parte integrante de pleno derecho de la garantía.

103. En cuanto a la regla supletoria que regiría en todo impuesto en el que las partes no hayan elegido la ley aplicable, se expresaron opiniones divergentes. Se opinó que no se debía prever regla supletoria alguna, dado que no sería necesaria porque, en la mayoría de los casos, las partes en una operación garantizada estipularían en su contrato una cláusula de elección de la ley aplicable. Se opinó también que, en ausencia de dicha cláusula, se hiciera remisión a la ley del lugar en donde se encontrara el otorgante. No obstante, prevaleció la opinión de alinear la ley aplicable a los derechos y obligaciones de las partes con la ley aplicable a los derechos y obligaciones puramente contractuales, criterio que muy probablemente estaría en consonancia con las expectativas de las partes. Tras un debate, el Grupo de Trabajo decidió que se hiciera referencia a la ley que regulara el acuerdo de garantía, y no a la ley del Estado en que estuviera situado el otorgante. A reserva de las modificaciones mencionadas anteriormente, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 147.

104. Durante el debate se sugirió que se hiciera remisión a las “reglas de derecho” a fin de reconocer ciertas prácticas y usos del comercio. Esa sugerencia no tuvo eco.

Recomendación 148 (ley aplicable a los derechos y obligaciones del deudor en cuenta y del cesionario)

105. Se convino en que las partes de las recomendaciones relativas a las garantías reales constituidas sobre el producto del cobro de promesas independientes y sobre cuentas bancarias que abordaban la relación entre el deudor en cuenta y el cesionario se alienaran, en lo posible, con la recomendación 148. Tras un debate, el Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de la recomendación 148.

Recomendación 149 (cuestiones concernientes a la ejecución)

106. Hubo apoyo en pro de las dos variantes, A y B. En favor de la variante A, se indicó que la ejecución entrañaba cuestiones procesales que debían regirse por la ley del Estado en donde se llevara a cabo. No obstante, se observó que dicha regla podría dar lugar a que se declarara aplicable la ley de más de un Estado en todo supuesto en el que se adoptaran medidas ejecutorias, incluidas extrajudiciales, en más de un país. Del mismo modo, se mencionó que no era fácil determinar el lugar de la ejecución cuando se trataba de bienes inmateriales, o incluso de bienes corporales si se había de adoptar alguna medida desde otro lugar (por ejemplo, dar aviso por correo). Se observó, en favor de la variante B, su idoneidad en caso de que hubieran de adaptarse medidas judiciales y extrajudiciales en diversos países y su suficiencia para amparar los intereses legítimos del foro en el supuesto de que el acreedor garantizado tomara posesión de los bienes, o de que una medida ejecutoria resultara incompatible con el derecho imperativo o el orden público del Estado del foro. Por otra parte, se indicó que si bien el principio de autonomía de las partes era apropiado en el caso de la ejecución extrajudicial, no lo era en el caso de la

ejecución por vía judicial. Se observó también que la ejecución de bienes inmateriales se llevaría a cabo en el "lugar" en que estuviera el crédito por cobrar (es decir, el deudor en cuenta) y normalmente entrañaría una solicitud de pago dirigida por el acreedor al deudor.

107. En cuanto a la redacción, se sugirió que se suprimiera la expresión "al margen de todo procedimiento de insolvencia", ya que se prestaba a confusión sobre si se exigiría o no la apertura de un procedimiento de insolvencia. La sugerencia recibió apoyo, siempre y cuando se encontrara alguna otra forma de evitar toda interferencia con las recomendaciones relativas a la insolvencia. También se indicó que las excepciones fundadas en normas de derecho imperativo y de orden público que se hacían en la variante B eran aplicables a todas las recomendaciones sobre conflicto de leyes, por lo que procedería reformularlas en consecuencia. Esa sugerencia suscitó interés, a reserva de la determinación de las repercusiones de esas excepciones en las recomendaciones sobre conflicto de leyes.

108. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió retener las dos variantes para seguir examinándolas. Se pidió a la Secretaría que preparara proyectos de texto que reflejaran las sugerencias formuladas.

Repercusiones de la insolvencia en las normas sobre conflicto de leyes

109. El Grupo de Trabajo convino en aplazar el examen de las recomendaciones sobre conflicto de leyes en relación con la insolvencia hasta que hubiese tenido la posibilidad de examinar todas las recomendaciones relativas a la insolvencia.

Estados con diversas unidades territoriales

110. Se pidió a la Secretaría que preparara recomendaciones con objeto de abordar la aplicación de las recomendaciones sobre conflicto de leyes en los Estados que tuvieran más de una unidad territorial.

Capítulo IX. Insolvencia (A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.3)

Recomendaciones de la Guía sobre la insolvencia

111. Respecto de las recomendaciones tomadas de la Guía sobre la insolvencia que se han insertado en el proyecto de guía sobre las operaciones garantizadas, el Grupo de Trabajo decidió que se retuvieran todas con la debida explicación en el comentario. Se convino asimismo en que convendría tomar algunas otras definiciones de la Guía sobre la insolvencia (por ejemplo sobre contratos financieros), insertándolas en el capítulo dedicado a la insolvencia de la Guía sobre las operaciones garantizadas y explicando cualquier diferencia que pueda haber con las definiciones de la futura guía sobre las operaciones garantizadas.

Proyectos de recomendaciones adicionales

Recomendaciones A y B

112. El Grupo de Trabajo convino en que se retuvieran los dos enfoques objeto de esas recomendaciones. Se opinó que la aplicación del principio de la equivalencia, en el contexto del enfoque no unitario, debería dar lugar a que se tratara por igual

a los diversos dispositivos empleados para la financiación de adquisiciones. Se convino además en que convendría hacer, en la recomendación B, una referencia al prestamista que financie el precio de compra, a fin de reflejar así el principio de la equivalencia. Pero se convino también en que se respetaran las características del régimen legal y de la práctica comercial de las garantías reales utilizadas para la financiación de adquisiciones. Se opinó, además, en general que el comentario debería explicar con ejemplos el tratamiento otorgado a los financiadores de adquisiciones en el marco tanto del enfoque unitario como del enfoque no unitario. Se convino también en que el comentario aclarara la terminología respecto del enfoque no unitario, en particular.

Recomendaciones C a E y G a K

113. El Grupo de Trabajo retuvo las recomendaciones C y D sin cambio alguno.

Recomendación F

114. Se convino en que se aclarara en la recomendación F que el representante de la insolvencia tendrá derecho a sufragar los gastos de su administración con prioridad absoluta. A reserva de dicho cambio, el Grupo de Trabajo retuvo el texto de la recomendación F.

Títulos negociables y documentos negociables (A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1, párrafo 21 w) y x), y (A/CN.9/WG.VI/WP.21, recomendaciones 3 d) y 24)

El Grupo de Trabajo aprobó el contenido de las definiciones de “título negociable” y de “documento negociable” a reserva de que se suprimiera la remisión que se hacía a la ley por lo demás aplicable.

Recomendación 3 d) (A/CN.9/WG.VI/WP.21, recomendación 3 d))

115. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 3 d) y convino en que se suprimieran todos los corchetes.

Recomendación 24 (A/CN.9/WG.VI/WP.21)

116. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 24, pero sin adoptar una decisión definitiva sobre si la garantía prevista en la recomendación sería considerada como un derecho accesorio o independiente. Se convino también en que la recomendación se ocupara únicamente de los títulos negociables y no de otras obligaciones de pago.

V. Futura labor

117. El Grupo de Trabajo tomó nota de que su noveno período de sesiones se celebraría en Nueva York del 30 de enero al 3 de febrero de 2006 y que el siguiente período de sesiones estaba programado para celebrarse en Viena los días 18 a 22 de septiembre de 2006, fechas que habría de confirmar la Comisión en su 39º período de sesiones, que se celebraría en Nueva York del 19 de junio al 7 de julio de 2006. El Grupo de Trabajo tomó nota, además, que podría celebrar un período de sesiones adicional en Nueva York del 1 al 5 de mayo de 2006, a reserva de lo que decida el propio Grupo de Trabajo en enero de 2006.

A/CN.9/WG.VI/WP.21

B. Nota de la Secretaría sobre las Garantías reales: recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas presentada al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su octavo período de sesiones

(A/CN.9/WG.VI/WP.21 y Add.1 a Add.5) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Recomendaciones
I.	Objetivos clave	1
II.	Ámbito de aplicación	2-4
III.	Prácticas básicas en materia de garantías reales	5-7
IV.	Constitución de la garantía real (eficacia entre las partes)	8-34

Recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

I. Objetivos clave

Finalidad

La finalidad de las recomendaciones sobre objetivos clave es proporcionar un marco de política amplio para el establecimiento y el desarrollo de un régimen de las operaciones garantizadas eficiente y eficaz. Esas recomendaciones podrían incluirse en un preámbulo del régimen de las operaciones garantizadas (en lo sucesivo denominado "el régimen") para que sirvieran de orientación en las políticas legislativas que hubieran de tenerse en cuenta al interpretar las disposiciones del régimen.

Objetivos clave

1. Deberían examinarse los siguientes objetivos clave:

a) Fomentar la concesión de créditos garantizados;

b) Permitir la utilización del pleno valor inherente a los créditos a fin de apoyar la concesión de crédito en una amplia gama de operaciones crediticias;

c) Facilitar la obtención de garantías reales de manera sencilla y eficiente;

d) Reconocer la autonomía contractual de las partes;

e) Tratar a todas las fuentes de crédito por igual;

f) Reconocer la validez de las garantías reales sin desplazamiento;

g) Fomentar comportamientos responsables exigiendo de todas las partes transparencia y previsibilidad;

h) Establecer un orden de prelación claro y previsible;

i) Facilitar la ejecución de la garantía del acreedor de forma previsible y eficiente;

j) Compaginar los intereses de las personas afectadas; y

k) Armonizar los regímenes de las operaciones garantizadas, incluidas las normas sobre conflicto de leyes.

II. Ámbito de aplicación

Finalidad

La finalidad de las disposiciones sobre el ámbito de aplicación del régimen debería ser precisar las partes, las garantías reales, las obligaciones garantizadas y los bienes a los que se aplica el régimen.

Partes, garantías reales, obligaciones garantizadas y bienes que podrían entrar en el ámbito de aplicación del proyecto de guía legislativa

2. El régimen debería ser aplicable a todas las partes, a todos los tipos de garantías reales, obligaciones garantizadas y bienes gravados regulados. Toda excepción prevista debería ser limitada y figurar claramente especificada en el régimen.

3. En particular, el régimen debería disponer que será aplicable a:

a) Las personas físicas y jurídicas, incluidos los consumidores, sin afectar, no obstante, a sus derechos en el marco de la legislación de protección del consumidor;

b) Los derechos de propiedad que nazcan de contratos que garanticen todo tipo de obligaciones, entre ellas las obligaciones futuras, las obligaciones fluctuantes y las que se describan en términos genéricos;

c) Las garantías reales con desplazamiento y las garantías reales sin desplazamiento constituidas sobre bienes muebles y bienes inmuebles por destino que respalden el pago o algún otro tipo de cumplimiento de una o más obligaciones, presentes o futuras, por una cuantía determinada o por determinar;

d) Todo tipo de bienes muebles y bienes inmuebles por destino, corporales o inmateriales, que no se hayan excluido expresamente del ámbito de aplicación del régimen, incluidas las existencias, los bienes de equipo y otros bienes, los créditos por cobrar, [los títulos negociables (como cheques, letras de cambio y pagarés) y los documentos negociables como conocimientos de embarque], las cuentas bancarias [el producto del cobro de una promesa independiente y los derechos de propiedad intelectual];

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Los títulos negociables, los documentos negociables, las promesas independientes y los derechos de propiedad intelectual figuran entre corchetes, ya que el Grupo de Trabajo aún no ha decidido si deberían incluirse en el ámbito de aplicación de la Guía. Si el Grupo de Trabajo decide que*

la Guía abarque esos tipos de bienes, tal vez desee revisar las recomendaciones, a fin de que tanto las recomendaciones aplicables a todos los tipos de bienes como las relativas a bienes concretos se adecuen a dichos bienes.]

e) Las garantías reales nacidas de la transferencia de la titularidad y todo otro tipo de garantía real que respalde el pago o el cumplimiento de una o más obligaciones, independientemente de la forma de la operación de que se trate y de que el propietario de los bienes gravados sea el acreedor garantizado o el otorgante, incluidos la retención de la titularidad, los arrendamientos financieros y los acuerdos de arrendamiento con opción de compra;

f) Las transferencias absolutas en general;

g) Las aeronaves, los buques y los bienes inmuebles por destino en la medida en que las recomendaciones del presente régimen se ajusten a las leyes vigentes o a las obligaciones internacionales del Estado en lo relativo a dichos bienes. En caso de que haya una incompatibilidad, el régimen de las obligaciones garantizadas del Estado deberá confirmar expresamente que esa incompatibilidad se resolverá haciendo primar el otro régimen y las obligaciones internacionales que rigen tales bienes;

[h) Los derechos de propiedad intelectual en la medida en que las recomendaciones del presente régimen se ajusten a las leyes vigentes o a las obligaciones internacionales del Estado en lo relativo a dichos bienes. Todo Estado que promulgue legislación en materia de operaciones garantizadas que sea conforme a la presente Guía deberá plantearse la posibilidad de si resulta apropiado ajustar algunas de las recomendaciones aplicables a garantías reales sobre propiedad intelectual. A este respecto, el Estado debería examinar su legislación en materia de propiedad intelectual y las obligaciones que le imponen los tratados, las convenciones y otros acuerdos internacionales sobre propiedad intelectual y, en el caso de que las recomendaciones de la Guía sean directamente incompatibles con dichas leyes u obligaciones, la legislación sobre operaciones garantizadas del Estado debería confirmar expresamente que esa incompatibilidad se resolverá haciendo primar las leyes de propiedad intelectual y las obligaciones que rijan esas cuestiones. Al estudiar si los eventuales ajustes en las recomendaciones aplicables a las garantías reales sobre propiedad intelectual son apropiados, el Estado deberá analizar cada circunstancia caso por caso y deberá tener como objetivo establecer un régimen eficiente de las operaciones garantizadas y velar por la protección y por el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual con arreglo a lo que dispongan los convenios internacionales y la legislación interna.]

4. El régimen no debería ser aplicable a las garantías reales constituidas sobre:

a) Títulos bursátiles;

b) Bienes inmuebles, con excepción de los bienes inmuebles por destino;

c) Sueldos y salarios;

d) […].

III. Prácticas básicas en materia de garantías reales

Finalidad

La finalidad de las recomendaciones sobre prácticas básicas en materia de garantías reales es asegurar que el régimen regule de forma amplia y coherente todos los tipos de operaciones que hagan las veces de garantía.

Enfoque amplio

5. El régimen debería incluir un conjunto amplio y coherente de disposiciones que regularan las garantías reales sin desplazamiento sobre bienes corporales e inmateriales. El régimen debería prever asimismo garantías reales con desplazamiento sobre bienes corporales.

Enfoque funcional

6. El régimen debería abordar todos los mecanismos que cumplen funciones de garantía como operaciones garantizadas, incluidos la cesión de la titularidad sobre bienes corporales o la cesión de bienes inmateriales a efectos de garantía, la retención de la titularidad, los arrendamientos financieros y los acuerdos de arrendamiento con opción de compra, excepto en la medida en que la recomendación 7 prevea otra cosa.

Enfoque unitario y no unitario

7. La ley podría subsumir todos los mecanismos que desempeñan funciones de garantía en un concepto unitario de garantías reales o preservar la retención de la titularidad y mecanismos similares en otras reglas de derecho, disponiendo, sin embargo, que las mismas reglas aplicables a los mecanismos de garantía serán aplicables en la mayor medida posible.

IV. Constitución de la garantía real (eficacia entre las partes)

Finalidad

La finalidad de las disposiciones del proyecto de guía que rijan la constitución de garantías reales será precisar cómo nace una garantía real sobre bienes muebles.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Dado que las recomendaciones siguen un enfoque unitario, el Grupo de Trabajo tal vez desee incluir, al final de cada capítulo, otras posibles recomendaciones que cabría seguir en un enfoque no unitario como el que se prevé en la recomendación 7 o una recomendación general en la que se señale a los legisladores la necesidad de ajustar las recomendaciones si deciden seguir un enfoque no unitario.*]

Constitución de una garantía real mediante acuerdo

8. El régimen debería especificar que una garantía real se constituirá mediante un acuerdo entre el otorgante y el acreedor garantizado que figure por escrito [firmado por el otorgante de conformidad con la recomendación 12] [que pruebe la intención del otorgante de conceder una garantía real] o que vaya acompañado de

una entrega de posesión conforme al acuerdo o de conformidad con la recomendación 9.

Entrega de la posesión

9. El régimen debería disponer que la entrega de la posesión de los bienes que vayan a gravarse deberá efectuarse al acreedor garantizado o a un tercero (que no sea el otorgante ni un agente o empleado del otorgante) que conserve los bienes en nombre del acreedor garantizado.

Contenido mínimo del acuerdo de garantía

10. El régimen debería disponer que en el acuerdo de constitución de una garantía real, como mínimo, se especificara la identidad del acreedor garantizado y del otorgante y se describiera razonablemente la obligación garantizada y los bienes que fueran a gravarse. Podría bastar con hacer una descripción genérica de la obligación garantizada y de los bienes gravados.

Requisito de forma

11. El régimen debería especificar que una comunicación electrónica cumplirá el requisito de la forma escrita siempre y cuando sea posible tener acceso a la información consignada en ella para referencia futura (véase el artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico).

12. [El régimen debería especificar también que, salvo disposición en contrario, cuando el régimen requiera la firma de una persona, se dará tal requisito por cumplido, en relación con una comunicación electrónica, si:

a) Se utiliza algún método para identificar a esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de la comunicación electrónica; y si

b) El método utilizado es fiable para cumplir los fines para los que se generó o se notificó la comunicación electrónica, atendidas todas las circunstancias del caso, así como cualquier acuerdo pertinente (véase el artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico).]

Bienes y obligaciones sujetos a un acuerdo de garantía

13. El régimen debería especificar que una garantía real puede garantizar todo tipo de obligaciones, incluidas las obligaciones futuras, las condicionadas y las fluctuantes. También debería especificar que puede constituirse una garantía real sobre todo tipo de bienes, inclusive sobre partes de bienes y derechos indivisos sobre bienes, así como sobre bienes sobre los que el otorgante aún no tenga el dominio o de los que no pueda disponer o los bienes que aún no existan, así como sobre el producto obtenido de ellos. Toda excepción prevista debería ser limitada y enunciarse claramente en el régimen.

Créditos por cobrar

Eficacia de una cesión entre el cedente y el cesionario y frente al deudor de la cuenta

14. El régimen debería disponer que la cesión de créditos por cobrar que no estén específicamente determinados, los créditos por cobrar futuros y las partes de derechos o los derechos indivisos sobre créditos será eficaz entre el cedente y el cesionario y frente al deudor de la cuenta siempre y cuando, en el momento de producirse la cesión o, en el caso de los créditos futuros, en el momento en que nazcan, puedan asociarse a la cesión con la que guarden relación.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Artículo 8 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.*]

Eficacia de una cesión efectuada a pesar de la existencia de una cláusula de intransferibilidad

15. El régimen debería disponer que:

a) La cesión de un crédito surtirá efecto aunque exista un acuerdo entre el cedente inicial o cualquier cedente ulterior y el deudor de la cuenta o cualquier cesionario ulterior por el que se limite de algún modo el derecho del cedente a ceder sus créditos;

b) Si otra ley crea una obligación o impone una responsabilidad al cedente por el incumplimiento de tal acuerdo, la otra parte en ese acuerdo no podrá resolver el contrato del que nazcan los créditos cedidos ni el contrato de cesión por la sola razón de ese incumplimiento;

c) Quien no sea parte en dicho acuerdo no será responsable por la sola razón de haber tenido conocimiento del acuerdo.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse la posibilidad de si la recomendación 15, que se basa en el artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, deberá ser únicamente aplicable a los créditos enunciados en el párrafo 3 del artículo 9 de dicha Convención, es decir, a los créditos:*

a) Cuyo contrato originario sea un contrato de suministro o arrendamiento de bienes muebles o servicios que no sean financieros, un contrato de construcción de obras o un contrato de compraventa o arrendamiento de bienes inmuebles;

b) Cuyo contrato originario sea un contrato de compraventa, arrendamiento o concesión de licencia de un derecho de propiedad industrial o intelectual o de información protegida;

c) Que representen la obligación de pago correspondiente a una operación con tarjeta de crédito; o

d) Que queden al cedente como saldo neto de los pagos debidos en virtud de un acuerdo de compensación global concertado entre más de dos partes.]

Transferencia de derechos que garanticen los créditos cedidos

16. El régimen debería disponer que:

a) La garantía personal o real del pago de un crédito cedido quedará transferida al cesionario sin necesidad de un nuevo acto de transmisión. Si, con arreglo a la ley, la garantía únicamente es transferible mediante un nuevo acto de transmisión, el cedente estará obligado a transferirla al cesionario junto con el producto de ella;

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario sobre esta recomendación se aclararía que la primera frase refleja la regla de que los derechos de garantía accesorios siguen a la obligación garantizada automáticamente y que la segunda frase significa que los derechos independientes, de ser transferibles, requieren un nuevo acto de transferencia.*]

b) La garantía del pago de un crédito cedido quedará transferida aunque exista un acuerdo entre el cedente y el deudor de la cuenta, o entre el cedente o quien otorgue la garantía, por el que se limite de algún modo el derecho del cedente a ceder el crédito o la garantía que asegure el pago del crédito cedido;

c) Si otra ley crea una obligación o impone una responsabilidad al cedente por el incumplimiento de tal acuerdo, la otra parte en ese acuerdo no podrá resolver el contrato del que nazcan los créditos cedidos ni el contrato de cesión por la sola razón de ese incumplimiento;

d) Quien no sea parte en dicho acuerdo no será responsable por la sola razón de haber tenido conocimiento del acuerdo.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse la posibilidad de que la recomendación 16, que se basa en el artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, sea solo aplicable a los créditos enumerados en el párrafo 4 del artículo 10 de dicha Convención (que son idénticos a los enunciados en el párrafo 3 del artículo 9, reproducidos en la recomendación 15* supra).]

Principio de la protección del deudor de la cuenta

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Las recomendaciones 17 a 23 están basadas en los artículos 15 a 21 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.*]

17. El régimen debería disponer que:

a) De no disponer otra cosa la presente ley, y salvo el consentimiento del deudor de la cuenta, la cesión no afectará a los derechos y obligaciones de este ni a las condiciones de pago estipuladas en el contrato originario;

b) En las instrucciones de pago se podrá cambiar el nombre de la persona, la dirección o la cuenta en la cual el deudor deba hacer el pago; sin embargo, no se podrá cambiar:

i) La moneda en que se deba hacer el pago según el contrato originario; o

ii) El Estado donde se deba hacer el pago según el contrato originario por otro que no sea aquél en donde esté situado el deudor de la cuenta.

Notificación del deudor de la cuenta

18. El régimen debería disponer que:

a) Tanto la notificación de la cesión como las instrucciones de pago surtirán efecto una vez recibidas por el deudor de la cuenta si constan en un idioma en el que razonablemente quepa prever que el deudor quedará informado de su contenido. Es suficiente que la notificación de la cesión o las instrucciones de pago consten en el idioma del contrato originario;

b) La notificación de la cesión o las instrucciones de pago podrán corresponder a créditos nacidos con posterioridad a la notificación; y dicha notificación de una cesión subsiguiente constituye notificación de toda cesión anterior.

Pago liberatorio del deudor de la cuenta

19. El régimen debería disponer que:

a) Hasta que reciba la notificación de la cesión, el deudor de la cuenta podrá liberarse de su obligación efectuando el pago de conformidad con el contrato originario;

b) Una vez recibida la notificación de la cesión y a reserva de lo dispuesto en los párrafos c) a h) de la presente recomendación, el deudor de la cuenta podrá efectuar el pago liberatorio únicamente en favor del cesionario o de conformidad con las nuevas instrucciones de pago que reciba o que le dé ulteriormente el cesionario por escrito;

c) El deudor de la cuenta, si recibe más de una instrucción de pago relativa a una única cesión de los mismos créditos efectuada por el mismo cedente, quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con las últimas instrucciones de pago que haya recibido del cesionario antes de hacerlo;

d) El deudor de la cuenta, de serle notificada más de una cesión efectuada por el mismo cedente de unos mismos créditos, quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con la primera notificación que reciba;

e) El deudor de la cuenta, si recibe notificación de una o más cesiones subsiguientes, quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con la notificación de la última de las cesiones subsiguientes;

f) El deudor de la cuenta, de serle notificada la cesión de una parte de uno o más créditos o de un derecho indiviso sobre tales créditos, quedará liberado de su obligación pagando de conformidad con la notificación o de acuerdo con lo dispuesto en el presente artículo como si no hubiera recibido la notificación. Si el deudor paga de conformidad con la notificación, solo quedará liberado de su obligación en lo que respecta a la parte o al derecho indiviso pagado;

g) El deudor de la cuenta, de serle notificada la cesión por el cesionario, tendrá derecho a pedirle que presente en un plazo razonable prueba suficiente de que la cesión del cedente inicial en beneficio del cesionario inicial y todas las cesiones intermedias han tenido lugar y, de no hacerlo el cesionario, quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con lo dispuesto en la

presente recomendación como si no hubiera recibido la notificación del cesionario. Por prueba suficiente de la cesión se entenderá cualquier escrito emitido por el cedente, o cualquier prueba equivalente, en que se indique que la cesión ha tenido lugar;

h) Lo dispuesto en la presente recomendación se entenderá sin perjuicio de cualquier otro motivo por el cual el deudor de la cuenta quede liberado de su obligación haciendo el pago a quien tenga derecho a percibirlo, a una autoridad judicial o de otra índole, o a una caja pública de depósitos.

Excepciones y derechos de compensación del deudor de la cuenta

20. El régimen debería disponer que:

a) El deudor de la cuenta, frente a la acción del cesionario para reclamarle el pago de los créditos cedidos, podrá oponer las excepciones o los derechos de compensación derivados del contrato originario, o de cualquier otro contrato que sea parte de la misma operación, que tendría si la cesión no hubiera tenido lugar y si la acción hubiese sido ejercitada por el cedente;

b) El deudor de la cuenta podrá oponer al cesionario cualquier otro derecho de compensación, siempre que lo hubiera podido invocar en el momento de recibir la notificación de la cesión;

c) No obstante lo dispuesto en los párrafos a) y b) de la presente recomendación, el deudor de la cuenta no podrá oponer al cesionario las excepciones y los derechos de compensación que tenga contra el cedente de conformidad con las recomendaciones 15 y 16 en razón del incumplimiento de un acuerdo por el que se limite de alguna manera el derecho del cedente a efectuar la cesión.

Acuerdo de no oponer excepciones ni derechos de compensación

21. El régimen debería disponer que:

a) El deudor de la cuenta, mediante escrito firmado por él, podrá convenir con el cedente en no oponer al cesionario las excepciones ni los derechos de compensación que tenga en virtud de la recomendación 20. Ese acuerdo impedirá al deudor oponer al cesionario tales excepciones y derechos;

b) El deudor de la cuenta no podrá renunciar a oponer excepciones:

i) Derivadas de actos fraudulentos imputables al cesionario; ni

ii) Basadas en su propia incapacidad.

c) Este acuerdo podrá modificarse únicamente mediante otro que conste por escrito y esté firmado por el deudor de la cuenta. Los efectos de estas modificaciones respecto del cesionario se regirán por lo dispuesto en el párrafo b) de la recomendación 22.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: La recomendación 21 se basa en el artículo 19 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional, que se refiere a un escrito firmado con el único objeto de renunciar a oponer excepciones, o a la modificación de un escrito de esa índole. Si el Grupo de Trabajo decide no hacer referencia a la*

firma en la recomendación 8, tal vez desee reconsiderar la referencia a la firma en la recomendación 21.]

Modificación del contrato originario

22. El régimen debería disponer que:

a) El acuerdo concertado antes de la notificación de la cesión entre el cedente y el deudor de la cuenta que afecte a los derechos del cesionario será válido respecto de este, el cual adquirirá los derechos correspondientes;

b) El acuerdo concertado después de la notificación de la cesión entre el cedente y el deudor de la cuenta que afecte a los derechos del cesionario no será válido respecto de este salvo si:

i) El cesionario consiente en él; o si

ii) El crédito no es completamente exigible por la falta de pleno cumplimiento del contrato originario y, o bien este prevé la modificación, o cualquier cesionario razonable consentiría en tal modificación en el contexto de dicho contrato.

c) Lo dispuesto en los párrafos a) y b) del presente artículo no afectará a los derechos del cedente o del cesionario en razón del incumplimiento de un acuerdo concertado entre ellos.

Reintegro de la suma pagada

23. El régimen debería disponer que el incumplimiento por el cedente del contrato originario no dará derecho al deudor de la cuenta a recuperar del cesionario la suma que hubiese pagado al cedente o al cesionario.

[Títulos negociables [y otras obligaciones que no sean de pago]

24. El régimen debería disponer que, si se ha constituido eficazmente una garantía real sobre un título negociable, el acreedor garantizado tendrá también un derecho de garantía sobre los derechos accesorios vinculados al título negociable sin necesidad de un nuevo acto de transferencia. Esos derechos accesorios pueden incluir:

a) Los derechos frente a los garantes u otras cauciones con respecto al título negociable; y

b) Las garantías reales que respalden la obligación del obligado frente al título negociable.]

[*Nota para el Grupo de Trabajo: En virtud de la recomendación 24, si A recibe una nota de B garantizada por C y luego otorga una garantía real en la nota a D, D obtiene asimismo una garantía real sobre el título garantizado.*]

[Promesas independientes

25. El régimen debería disponer que un beneficiario puede otorgar una garantía real sobre el producto del cobro de una promesa independiente.]

[*Nota para el Grupo de Trabajo: "El producto del cobro de una promesa independiente" es un concepto ya definido.*]

Cuentas bancarias

26. El régimen debería disponer que una garantía real sobre una cuenta bancaria será eficaz entre el acreedor garantizado y el otorgante pese a todo acuerdo entre el otorgante y el banco depositario por el que se limite de algún modo el derecho del otorgante a constituir una garantía real sobre sus cuentas bancarias. No obstante, la garantía real no será eficaz frente al banco depositario, que no tendrá la obligación de reconocer al acreedor garantizado ni se impondrán por lo demás a dicho banco obligaciones con respecto a la garantía real sin el consentimiento del mismo.

27. De conformidad con la legislación y las reglamentaciones de protección del consumidor, el régimen debería regular la cuestión de si puede constituirse una garantía real sobre una cuenta bancaria y hasta qué punto puede hacerse [o sobre la cuestión de si esa garantía real estará sujeta a procedimientos de ejecución en virtud del presente régimen] por parte de un otorgante cuando los fondos de la cuenta bancaria o el crédito concedido al otorgante vaya destinado a fines personales, familiares o domésticos del otorgante.

[Documentos negociables de titularidad

28. El régimen debería disponer que toda garantía real sobre un documento negociable constituye asimismo una garantía real sobre los bienes que representa dicho documento [, siempre y cuando el emisor esté en posesión del documento, directa o indirectamente, en el momento en que se constituya la garantía real sobre el documento].

[*Nota para el Grupo de Trabajo: En el comentario podría aclararse que la recomendación 28 tiene la finalidad de negar que deba constituirse una garantía real diferenciada sobre los bienes.*]]

Producto

29. El régimen debería disponer que, a menos que las partes que concierten la garantía real convengan otra cosa, la garantía real sobre los bienes gravados se hará extensiva al producto siempre que dicho producto sea identificable conforme a las reglas referentes a la localización que también figuran en el régimen.

30. [El régimen debería disponer que, a pesar de la recomendación 29, la garantía real solo se hará extensiva a los frutos civiles y naturales de los bienes gravados, tales como [...], si las partes así lo estipulan en el acuerdo de garantía.]

[*Nota para el Grupo de Trabajo: A fin de reflejar las expectativas normales de las partes, en la recomendación 30 se introduce un enfoque diferente en lo relativo a los frutos civiles y naturales de los bienes gravados, que se diferencia del adoptado en la recomendación 29 con respecto a otros tipos de producto (el concepto de "producto", que se define en la sección de terminología, abarca los frutos civiles y naturales).*]

Bienes incorporados

31. El régimen debería disponer que podrá constituirse o mantenerse una garantía real sobre bienes inmuebles por destino en virtud del presente régimen o de la legislación inmobiliaria o sobre bienes muebles incorporados a otros sin perder su identidad.

Productos o masas de bienes

32. El régimen debería disponer también que no podrá constituirse una garantía real sobre bienes que estén físicamente unidos a otros bienes de forma tal que su identidad quede diluida en otro producto o masa de productos. Sin embargo, si los bienes gravados se convierten en parte de otro producto o masa de productos, la garantía real pasará a ser una garantía real sobre el producto o sobre la masa de productos [con un valor proporcional] [con un valor máximo equivalente al que tenían los bienes gravados en el momento en que quedaron físicamente unidos a otros bienes].

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Conforme a la primera variante, si el valor de la harina es de 5 y el valor del azúcar es de 5, aunque el valor del pastel sea de 100, los acreedores garantizados comparten respectivamente con 50 y 50 el valor del pastel. Conforme a la segunda variante, si el valor del producto o de la masa de productos es superior al valor de los bienes, la garantía real solo se hace extensiva al valor que tenían los bienes antes de mezclarse (es decir, cada uno de ellos mantendrá un valor de 5, mientras que el valor remanente de 90 se reserva para el otorgante y para sus acreedores no garantizados). Si el valor del producto o de la masa de productos es inferior al valor de los bienes, los acreedores garantizados comparten la pérdida en partes proporcionales (es decir, si el valor del pastel es de 8, cada acreedor garantizado obtiene un valor de 4)*.]

Momento de constitución de la garantía real

33. El régimen debería disponer que, a menos que las partes convengan otra cosa, toda garantía real adquiere eficacia entre las partes a partir del momento en que se celebra el acuerdo de garantía o en el momento en que los bienes gravados son entregados al acreedor garantizado.

34. El régimen debería disponer asimismo que, a menos que las partes convengan otra cosa, se constituirá una garantía real sobre bienes futuros cuando el otorgante adquiera derechos o adquiera el derecho a transferir derechos sobre tales bienes.

A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.1

Recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

ADICIÓN

ÍNDICE

		Recomendaciones
V.	Eficacia de la garantía real frente a terceros	35-57
VI.	Prelación de la garantía real sobre los derechos de otras partes reclamantes	58-85

V. Eficacia de la garantía real frente a terceros

Finalidad

La finalidad de las disposiciones del régimen que regulan la eficacia de las garantías reales frente a terceros es exigir la realización de un acto complementario antes de que una garantía real pueda surtir efecto frente a terceros, de modo que se pueda:

a) Prevenir a terceros que negocien sobre los bienes muebles del otorgante del riesgo de que tales bienes puedan estar gravados por una garantía real; y

b) Determinar que la fecha de un acto sirva de referencia cronológica para fijar el orden de prelación entre acreedores garantizados y entre un acreedor garantizado y otras categorías de partes reclamantes.

Métodos para lograr la eficacia frente a terceros

35. El régimen debería disponer que una garantía real solo surtirá efecto frente a terceros en los siguientes casos:

a) Una vez que se haya inscrito una notificación de la constitución de la garantía real en un registro general de garantías reales;

b) Cuando se prive al otorgante de la posesión de los bienes gravados, si se trata de determinados bienes muebles corporales;

[c) Cuando se traspase al acreedor garantizado el control de los bienes gravados, si se trata de [ciertas obligaciones inmateriales, que no sean créditos por cobrar, adeudadas por un tercero al otorgante] [una cuenta bancaria];]

d) Cuando se inscriba una notificación de la constitución de la garantía real en un registro especial de titularidad, si los bienes gravados consisten en determinados bienes muebles sobre los cuales se establezca la titularidad, conforme a otras disposiciones legales del Estado promulgante, mediante la inscripción en tal registro;

e) Cuando se adjunte una nota sobre la garantía real en el certificado de titularidad, si los bienes gravados consisten en determinados bienes muebles corporales sobre los cuales se demuestre la titularidad, conforme a otras disposiciones legales del Estado promulgante, mediante un certificado de titularidad; [o

f) ...].

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar otros métodos (por ejemplo, la eficacia automática frente a terceros al constituirse una garantía real sobre bienes de consumo). El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar también si, en el caso de los bienes sujetos a inscripción en un registro especial o a un sistema de inscripción en el certificado de titularidad, además de esos requisitos debería exigirse la inscripción en el registro general de garantías reales. La ventaja de esa inscripción adicional sería que una inspección del registro de garantías reales revelaría todas las garantías reales constituidas sobre una amplia variedad de bienes, incluidos los que están sujetos a un sistema de registro especial.*]

36. Se debería confirmar que podrá recurrirse a distintos métodos para hacer valer la garantía frente a terceros en función de los distintos bienes gravados o de los diferentes tipos de bienes gravados, independientemente de que hayan quedado gravados en virtud del mismo acuerdo de garantía o de acuerdos de garantía diferentes.

Creación y características de un registro general de garantías reales

37. El régimen debería disponer la creación de un registro general de garantías reales con las características siguientes:

a) Que la inscripción en el registro se efectúe mediante una notificación de la constitución de la garantía real, en vez de presentarse copia de la documentación correspondiente;

b) Que el registro sea centralizado, es decir, que en él se consignen todas las notificaciones de las garantías reales inscritas conforme al régimen de las operaciones garantizadas del Estado promulgante;

c) Que el sistema de inscripción se estructure de modo que puedan agruparse y consultarse las notificaciones por el nombre del otorgante o por algún otro dato fidedigno identificativo del otorgante;

d) Que el registro sea de acceso público;

e) Que se garantice un acceso razonable de los particulares al registro con medidas como las siguientes:

i) La fijación de tarifas de inscripción y consulta que cubran los costos; y

ii) El establecimiento de modos o puntos de acceso a distancia;

f) Que el sistema de inscripción se administre y organice de modo que sea fácil registrarse y efectuar consultas de forma eficiente; en particular, que sea posible:

i) Inscribir una notificación sin verificar ni evaluar la suficiencia de su contenido;

ii) Almacenar las notificaciones en soporte electrónico en una base de datos informatizada, siempre que la capacidad financiera y la infraestructura del Estado promulgante lo permitan;

iii) Tener acceso al registro por vía electrónica o medios similares, incluidos el intercambio electrónico de datos y el correo electrónico, o por télex, por teléfono o telecopiadora, a efectos de inscribir notificaciones o de efectuar consultas, siempre que la capacidad financiera y la infraestructura del Estado promulgante lo permitan; y

g) Que se establezcan normas de asignación de responsabilidad por pérdidas o daños que sobrevengan por un error de administración o de funcionamiento del sistema de inscripción y de consulta.

Contenido necesario de la notificación inscrita

38. A fin de efectuar una inscripción con eficacia jurídica, el régimen debería disponer que en la notificación inscrita constaran únicamente:

a) El nombre (u otro dato fidedigno identificativo) del otorgante y del acreedor garantizado, y sus direcciones respectivas;

b) Una descripción de los bienes muebles gravados que se notifiquen;

c) La duración de la inscripción; y

[d) La determinación del importe máximo por el que podrá ejecutarse la garantía real [si un Estado decide que esa información es necesaria para facilitar los préstamos subordinados].]

El nombre del otorgante como requisito jurídico suficiente para una notificación inscrita

39. El régimen debería disponer que el nombre u otro dato identificativo del otorgante que conste en una notificación inscrita será legalmente suficiente si puede encontrarse la notificación al consultarse el registro por el nombre legal correcto u otro dato identificativo del otorgante. Con ese fin, en el régimen deberían especificarse las normas por las que se determine el nombre legal correcto u otro dato identificativo de particulares y entidades.

La descripción de los bienes consignados en una notificación inscrita como requisito jurídico suficiente

40. El régimen debería disponer que la descripción de los bienes consignados en una notificación inscrita será legalmente suficiente si permite a un tercero que consulte el registro diferenciar los bienes que consten en la notificación de otros bienes del otorgante.

41. Si los bienes consignados en la notificación consisten en una o varias categorías genéricas de bienes muebles, el régimen debería disponer que una descripción genérica será legalmente suficiente.

42. Si los bienes que consten en la notificación constituyen todos los bienes muebles actuales del otorgante o adquiridos posteriormente por este, el régimen debería confirmar que será legalmente suficiente describir los bienes gravados con una expresión como "todos los bienes muebles" o con términos equivalentes.

Inscripción anticipada

43. El régimen debería confirmar que una notificación podrá inscribirse antes o después de la constitución de la garantía real a que se refiera.

Una sola inscripción para múltiples acuerdos de garantía entre las mismas partes

44. El régimen debería confirmar que una única inscripción será suficiente respecto de las garantías reales constituidas en todos los acuerdos de garantía convenidos entre las mismas partes, siempre y cuando graven bienes o categorías de bienes muebles que concuerden con la descripción proporcionada en la notificación inscrita.

Duración y renovación de una inscripción registral

45. El régimen debería fijar la duración de una inscripción registral o permitir que las propias partes interesadas establecieran la duración deseada al inscribir una notificación. El régimen debería prever la posibilidad de prorrogar sucesivamente la duración de una inscripción.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que, si el sistema de registro permite presentar notificaciones en papel o exige que una notificación que haya sido presentada en papel o en forma electrónica deba controlarse o verificarse antes de ser inscrita en el registro, transcurrirá cierto tiempo entre el momento en que el registro reciba la notificación y el momento en que ésta se inscriba y quede a disposición de los interesados. En esas circunstancias, surge el problema de determinar cuándo la inscripción surtirá efectos jurídicos, si desde el momento en que el registro reciba la notificación, o cuando se inscriba y quede a disposición de los interesados. Si la inscripción entra a regir cuando es recibida en el registro, la búsqueda que se haga en este no revelará todas las inscripciones jurídicamente válidas. Si la inscripción entra a regir en el momento en que se hace constar en el registro y se pone a disposición de los interesados, la parte que efectúa la inscripción asume el riesgo vinculado a la demora que se produzca. En un sistema plenamente electrónico que no exija la verificación de los datos inscritos en el registro, el plazo que transcurra entre el momento de recibir los datos y el momento en que estos se pongan a disposición de los interesados es mínimo, y el problema es mucho menos grave.*]

Supresión de una inscripción registral

46. El régimen debería prever un procedimiento sumario que permitiera al otorgante exigir que se borrara una notificación del registro cuando las partes no hubiesen convenido un acuerdo de garantía o cuando el derecho de garantía se hubiese extinguido al haberse satisfecho plenamente las deudas o al haberse cumplido todas las obligaciones garantizadas. El régimen debería permitir asimismo que se suprimiera una notificación del registro por acuerdo entre el acreedor garantizado y el otorgante.

Otros derechos cuya eficacia depende de una inscripción registral

47. El régimen debería disponer que ciertos derechos solo podrán hacerse valer frente a terceros cuando se haya inscrito la notificación correspondiente en el registro general de garantías reales. Esos derechos serían los siguientes:

[a) El derecho de un acreedor que conserve la titularidad sobre los bienes en respaldo del pago del precio de compra de dichos bienes, o de una suma equivalente, en virtud de un arrendamiento financiero o de un contrato de arrendamiento con opción de compra;] y

b) El derecho de un cesionario que dimane de una cesión pura y simple de créditos por cobrar;

[c) El régimen podrá permitir asimismo la inscripción de una anotación respecto de los derechos siguientes a efectos de hacer valer la garantía frente a terceros:

i) El derecho de un arrendador que dimane de un contrato de arrendamiento no financiero con una duración superior a un año;

ii) El derecho de un expedidor que dimane de un contrato de transporte comercial en virtud del cual las mercancías se dejen a cargo de un consignatario en calidad de agente de venta que no sea un subastador ni un consignatario que no actúe como tal en el curso normal de los negocios; y

iii) El derecho de un comprador que dimane de un contrato de compraventa de mercancías no celebrado en el curso normal de los negocios del vendedor, cuando este permanezca en posesión de las mercancías durante más de [treinta] [sesenta] [noventa] días;]

Desposesión del otorgante

48. El régimen debería disponer que, para que una garantía real con desplazamiento pueda hacerse valer frente a terceros, la desposesión del otorgante deberá ser efectiva y no sobreentendida, ficticia o simbólica. La desposesión del otorgante solo se considerará suficiente cuando un tercero pueda llegar objetivamente a la conclusión de que los bienes gravados no están efectivamente en posesión del otorgante. La posesión por parte de un tercero constituirá una desposesión suficiente solo cuando el tercero no sea agente ni empleado del otorgante y mantenga la posesión en nombre o por cuenta del acreedor garantizado.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que no se incluye ninguna recomendación sobre la eficacia frente a terceros de las garantías constituidas sobre títulos negociables. Solo se incluyen recomendaciones relativas a determinados bienes cuando las recomendaciones generales no son aplicables a determinadas categorías de bienes (salvo la recomendación 70, que tiene por objeto completar las recomendaciones relativas a la prelación de las garantías constituidas sobre bienes incorporados). Las recomendaciones relativas a los títulos negociables, las promesas independientes y los documentos negociables figuran entre corchetes porque el Grupo de Trabajo aún no ha decidido si esas categorías de bienes han de abordarse en la Guía.*]

Promesas independientes

49. [El régimen debería disponer que toda garantía real sobre el producto del cobro de una promesa independiente podrá hacerse valer frente a terceros cuando se cumplan los siguientes requisitos:

a) El control;

b) La posesión del texto original de la promesa independiente, si su presentación es una condición para el pago;

c) La inscripción de una notificación en el registro de garantías reales con respecto al producto o el crédito por cobrar correspondiente; o

d) Automáticamente al constituirse una garantía real sobre el crédito por cobrar respaldado por la promesa independiente.]

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Según la definición de control que figura en la sección de terminología, el acreedor garantizado tendrá el control de una promesa independiente cuando: i) el emisor/garante o la persona designada para hacer efectivo el pago del producto sea el acreedor garantizado; ii) el emisor/garante o la persona designada para hacer efectivo el pago del producto haya reconocido el derecho sobre el producto del cobro de la promesa independiente; o iii) el acreedor garantizado sea el beneficiario. En este último caso, frente al emisor/garante o la persona designada para hacer efectivo el pago del producto, el acreedor garantizado es el beneficiario de la promesa independiente. Puede suceder que, frente al otorgante, el acreedor garantizado haya convenido en tratar al producto como bien gravado. Ningún acuerdo de esa índole afectará a la relación entre el emisor/garante o la persona designada para hacer efectivo el pago del producto y el beneficiario (el acreedor garantizado). Solo confiere a este último el "control" a efectos de hacer valer sus derechos frente a terceros.*]

Cuentas bancarias

50. El régimen debería disponer que toda garantía real sobre una cuenta bancaria podrá hacerse valer frente a terceros mediante la inscripción de una notificación en el registro de garantías reales o el control de la cuenta bancaria.

51. Si el acreedor garantizado y la institución depositaria son la misma persona, el régimen debería disponer que el acreedor garantizado tuviera el control automáticamente al constituirse la garantía real.

Documentos de titularidad negociables

52. [El régimen debería disponer que, para que una garantía real con desplazamiento sobre bienes corporales representados por un documento de titularidad negociable pueda hacerse valer frente a terceros, la entrega del documento al acreedor garantizado constituirá una desposesión efectiva del otorgante durante el plazo en que esos bienes estén regulados por el documento.

53. El régimen debería disponer que, si una garantía real constituida sobre un documento negociable surte efecto frente a terceros, la correspondiente garantía sobre los bienes representados por el documento también surtirá efecto frente a terceros.]

Producto

54. El régimen debería disponer que, si la garantía real constituida sobre los bienes originariamente gravados surte efecto frente a terceros, la garantía constituida sobre el producto de esos bienes surtirá efecto al constituirse el derecho al producto, siempre y cuando:

a) La garantía real sobre los bienes originariamente gravados haya adquirido eficacia mediante la inscripción registral [y el producto pertenezca a una categoría de bienes sobre los cuales se pueda constituir una garantía real que surta efecto frente a terceros al inscribirse en el registro];

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El párrafo a) no sería aplicable, por ejemplo, a una garantía constituida sobre existencias que surta efecto frente a terceros mediante la posesión, si bien la garantía sobre el producto que consista en créditos por cobrar debería inscribirse.*]

b) El producto consista en dinero [, títulos negociables, documentos de titularidad negociables] o cuentas bancarias;

c) Si no fueran aplicables los apartados a) ni b), la garantía real sobre el producto surtirá efecto frente a terceros durante [...] días y de continuo de allí en adelante si adquirió eficacia mediante uno de los métodos mencionados en la recomendación 35.

Bienes incorporados

55. El régimen debería disponer que toda garantía real constituida sobre bienes incorporados a bienes inmuebles (bienes inmuebles por destino) o a bienes muebles adquirirá eficacia frente a terceros mediante uno de los métodos mencionados en la recomendación 35. Con respecto a las garantías reales sobre bienes inmuebles por destino, el régimen debería disponer que la inscripción en él prevista no excluirá la inscripción prevista en el régimen de los bienes raíces.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Con respecto a las garantías reales sobre bienes inmuebles por destino, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la posibilidad de exigir la inscripción en el registro de bienes raíces.*]

56. Si una garantía real surte efecto frente a terceros en el momento en que los bienes gravados se incorporen a otros bienes muebles, seguirá surtiendo efecto posteriormente en relación con los bienes gravados.

Productos o masas de bienes

57. Si una garantía real surte efecto frente a terceros en el momento en que los bienes gravados se unan físicamente a otros bienes de manera tal que su identidad quede diluida en un producto o en una masa de bienes, la garantía sobre el producto o sobre la masa seguirá surtiendo efecto frente a terceros.

VI. Prelación de la garantía real sobre los derechos de otras partes reclamantes

Finalidad

La finalidad de las disposiciones que rijan la prelación será:

a) Permitir que, antes de otorgar crédito, todo posible acreedor garantizado pueda determinar, de manera eficiente y con un alto grado de certeza, el grado de prelación de que gozarán sus garantías reales sobre los derechos de otras partes reclamantes; y

b) Permitir que los otorgantes constituyan más de una garantía real sobre el mismo bien y propiciar por esta vía que se aproveche el valor íntegro de sus bienes para facilitar la obtención de crédito.

Alcance de las reglas de prelación

58. El régimen debería prever un conjunto de reglas de prelación que regularan todos los posibles conflictos en la materia.

Obligaciones garantizadas afectadas

59. El régimen debería disponer que la prelación que se asigne a una garantía real:

a) Se hará extensiva a todas las obligaciones monetarias o no monetarias que se adeuden al acreedor garantizado [hasta un importe máximo que se indique en la notificación inscrita], en la medida en que estén respaldadas por la garantía real, incluidos el capital, los gastos, intereses y honorarios; y

b) No se verá afectada por la fecha en que se efectúe un adelanto o en que se contraiga otra obligación respaldada por la garantía real (esto significa que una garantía real podrá respaldar los futuros adelantos de un préstamo con la misma prelación que al respaldar los adelantos que se hayan efectuado desde el momento en que comenzó a surtir efecto frente a terceros).

Prelación respecto de bienes adquiridos posteriormente

60. El régimen debería especificar que una garantía real sobre bienes adquiridos o dados en garantía posteriormente por el otorgante tendrá la misma prelación que una garantía real sobre bienes ya poseídos por el otorgante o existentes cuando la garantía real empezó a surtir efecto frente a terceros.

Títulos negociables

61. [El régimen debería disponer que toda garantía real constituida sobre un título negociable que no haya adquirido eficacia frente a terceros mediante la posesión del instrumento por el acreedor garantizado quedará subordinada a los derechos de un comprador, otro acreedor garantizado u otro cesionario en una operación consensual que:

a) Reúna los requisitos establecidos en el régimen de los títulos negociables para ser considerado un tenedor protegido; o que

b) Tome posesión por algún otro medio del título negociable de buena fe y sin tener conocimiento de que la transferencia pueda vulnerar los derechos del tenedor de la garantía.]

Promesas independientes

62. [El régimen debería disponer que toda garantía real sobre el producto del cobro de una promesa independiente que adquiera eficacia frente a terceros:

a) Mediante el control, tendrá prelación sobre los derechos de los demás acreedores garantizados;

b) Mediante reconocimiento, tendrá prelación frente a toda garantía real que no haya adquirido eficacia frente a terceros mediante el control, en la medida en que el pago del producto se pueda hacer efectivo en virtud y en cumplimiento de los términos de ese reconocimiento, y en el caso de que la misma persona formule reconocimientos contradictorios, tendrá prelación el primer acreedor garantizado que obtenga el reconocimiento de esa persona;

c) Mediante la posesión, tendrá prelación frente a toda garantía real que haya adquirido eficacia frente a terceros automáticamente al constituirse o al inscribirse en el registro; y

d) Automáticamente al constituirse, tendrá prelación, conforme al grado de prelación que tenga con respecto al crédito por cobrar básico y al producto del cobro de la promesa independiente, frente a toda garantía real que surta efecto frente a terceros mediante inscripción registral.]

Cuentas bancarias

63. El régimen debería disponer que toda garantía real constituida sobre una cuenta bancaria que adquiera eficacia frente a terceros mediante control tendrá prelación frente a toda garantía real sobre esa cuenta bancaria que adquiera eficacia mediante otro método. Si el acreedor garantizado es el banco depositario, la garantía de este tendrá prelación frente a cualquier otra.

64. El régimen debería disponer que el derecho del banco depositario a compensar con los fondos de la cuenta bancaria las obligaciones contraídas con él por el otorgante tendrá prelación sobre los derechos de otro acreedor garantizado que no sea el que haya adquirido el control de la cuenta pasando a ser su cliente con respecto a esa cuenta.

65. En el caso de una transferencia de fondos de una cuenta bancaria iniciada por el otorgante, el beneficiario recibirá los fondos libres de todo gravamen [a menos que tenga conocimiento de que la transferencia infringe los términos del acuerdo de garantía y se ha realizado al margen del curso ordinario de los negocios del otorgante].

Documentos negociables

66. [El régimen debería disponer que, mientras los bienes estén en posesión de una persona que haya emitido un documento negociable en relación con ellos, toda garantía real constituida sobre esos bienes cuya eficacia frente a terceros dependa de la validez jurídica de una garantía real constituida sobre el documento negociable

tendrá prelación frente a toda otra garantía real sobre los bienes que haya adquirido eficacia mediante otro método [mientras los bienes estaban en posesión del emisor o [...]] [mientras el documento de titularidad esté pendiente].

67. [El régimen debería disponer que toda garantía real constituida sobre un documento negociable y sobre los bienes representados por este quedará supeditada a los derechos reconocidos por el régimen de los documentos negociables a la persona con la cual el documento se haya negociado debidamente.]

Producto

68. El régimen debería disponer que el grado de prelación de que goce un acreedor garantizado respecto de un bien gravado se hará extensivo al producto que genere el bien, siempre que se cumplan los requisitos enunciados en la recomendación 54.

Bienes incorporados y productos o masas de bienes

69. El régimen debería disponer que todo acreedor respaldado por una garantía real sobre bienes inmuebles por destino que surta efecto frente a terceros en virtud del régimen de los bienes raíces tendrá prelación frente al acreedor respaldado por una garantía real sobre esos bienes que haya adquirido eficacia frente a terceros mediante uno de los métodos a que se hace referencia en la recomendación 55.

70. El régimen debería disponer que la prelación de toda garantía real constituida sobre un bien incorporado a otro bien mueble se rigiera por el régimen general de los bienes muebles.

71. El régimen debería establecer normas para regular la prelación de las garantías reales constituidas sobre bienes que estén físicamente unidos a otros de manera que su identidad quede diluida en un producto o en una masa de bienes.

Continuidad de la prelación cuando la garantía real adquiera eficacia frente a terceros por diversos métodos

72. El régimen debería disponer que, si una garantía real adquiere eficacia frente a terceros mediante un método y posteriormente también mediante otro, la prelación se determinará por la fecha en que deje de regir el primer método [siempre y cuando no medie un intervalo entre esa fecha y aquélla en que empiece a regir el segundo método].

Prelación de las garantías reales sin eficacia jurídica frente a terceros

Acreedores no garantizados

73. El régimen debería disponer que un acreedor respaldado por una garantía real que no surta efecto frente a terceros [no gozará, frente a estos, de ningún otro derecho distinto del que asiste a los acreedores no garantizados] [tendrá prelación frente a los acreedores no garantizados, a menos que un acreedor no garantizado haya procedido a presentar demanda ante los tribunales o que el otorgante haya pasado a ser insolvente].

Acreedores garantizados

74. El régimen debería disponer que:

a) Una garantía real que no surta efecto frente a terceros tendrá menos prelación que una garantía real constituida sobre el mismo bien que sí sea eficaz frente a terceros, independientemente del orden cronológico en que se hayan constituido; y que

b) La prelación de las garantías reales que carezcan de eficacia jurídica frente a terceros se determinará por el orden cronológico en que se hayan constituido.

Prelación de las garantías reales con eficacia jurídica frente a terceros

Acreedores no garantizados

75. El régimen debería disponer que las garantías reales que surtan efecto frente a terceros gozarán de un mayor grado de prelación que las de los acreedores no garantizados.

Acreedores garantizados

76. El régimen debería disponer que:

a) Tratándose de dos garantías reales sobre el mismo bien que surtan efecto frente a terceros, salvo por lo previsto en la recomendación [sobre la prelación de los mecanismos de financiación de las compras], la prelación se determinará por el orden de los respectivos actos realizados para darles eficacia jurídica, aun cuando a la sazón no se hubiera cumplido uno o varios de los requisitos para la constitución de una garantía real. Si una de las garantías reales se hace valer frente a terceros mediante la posesión o el control del bien gravado, el titular de la garantía real será quien deba demostrar en qué momento obtuvo la posesión o el control de dicho bien;

b) Cuando una garantía real se pueda hacer valer frente a terceros mediante el control del bien gravado, esa garantía real tendrá prelación sobre las que surtan efecto mediante algún otro método.

Acreedores judiciales

77. El régimen debería disponer que si, de conformidad con la ley aplicable, un acreedor judicial que haya cumplido las formalidades para hacer ejecutar el fallo adquiere derechos sobre los bienes del deudor judicial, las garantías reales que surtan efecto frente a terceros tendrán prelación sobre el derecho real del acreedor judicial que se inscriba después de que la garantía real haya surtido efecto, salvo con respecto a las sumas que el acreedor garantizado haya adelantado al término de un número determinado de días posteriores a la fecha en que el acreedor judicial haya inscrito una notificación de sus derechos reales de garantía.

Compradores de bienes gravados

78. El régimen debería disponer que el derecho del comprador quedará sujeto a toda garantía real que haya surtido efecto frente a terceros antes de la compraventa, a menos que el acreedor garantizado haya autorizado la venta. No obstante, el comprador que adquiera existencias gravadas en el curso normal de los negocios

del vendedor (y toda persona cuyos derechos sobre las existencias gravadas nazcan de su relación con tal comprador) obtendrá las existencias libres de una garantía real que surta efecto frente a terceros, aun cuando tal comprador tenga conocimiento de la existencia de la garantía real.

Reclamaciones para la devolución de bienes

79. Si el régimen dispone que los proveedores de mercancías tienen derecho a reclamar su devolución en un determinado plazo después de que el comprador se haya declarado insolvente, debería establecer también que ese plazo será breve y que el derecho a reclamar la devolución de los bienes estará sujeto a las garantías reales jurídicamente válidas otorgadas por el comprador sobre dichos bienes.

Arrendatarios

80. El régimen debería regular el grado de prelación de una garantía real jurídicamente válida sobre un bien arrendado frente a los derechos de un arrendatario del bien.

Tenedores de pagarés y documentos negociables

81. El régimen debería disponer que [una persona que en virtud de otras leyes obtenga derechos sobre un pagaré o un documento negociable exento de reclamación alguna] [un tenedor legítimo de un pagaré o de un documento negociable] tendrá derecho a recibir el bien libre de toda garantía real que surta efecto frente a terceros.

Titulares de derechos reales sobre dinero

82. El régimen debería disponer que las personas que estén en posesión de dinero tendrán derecho a este sin estar sujetas a una garantía real que pese sobre él [si entregan un valor a cambio del dinero o no tienen conocimiento de que la transferencia que se les hizo contravenía los términos del acuerdo de garantía. Esta recomendación no menoscaba los derechos de quienes estén en posesión de dinero en virtud de otras leyes].

Acreedores legales (privilegiados)

83. En el régimen deberían limitarse, en número y cuantía, los créditos privilegiados que tuvieran prelación frente a las garantías reales eficaces frente a terceros y, si existieran créditos privilegiados, deberían describirse con claridad y precisión.

Titulares de derechos sobre bienes que mejoren o almacenen

84. Si en la ley aplicable se reconocen derechos equivalentes a las garantías reales a un acreedor que haya añadido valor a los bienes (por ejemplo, reparándolos) o que haya preservado su valor (por ejemplo, almacenándolos), tales derechos deberían circunscribirse a las mercancías cuyo valor se hubiese incrementado o preservado y que estuvieran en posesión de tal acreedor, y deberían tener prelación frente a las garantías reales preexistentes sobre los bienes que surtieran efecto frente a terceros solo si el valor añadido por el mejoramiento o la preservación beneficiara directamente a los titulares de derechos reales preexistentes.

Acreedores en procedimientos de insolvencia

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Véase la recomendación I de la presente Guía en relación con la insolvencia: "El régimen de la insolvencia debería especificar que, si un derecho garantizado tiene prelación con arreglo a una regla de derecho distinta del régimen de la insolvencia, esa prelación seguirá intacta en el procedimiento de insolvencia, excepto si, con arreglo al régimen de la insolvencia, se da prelación a otro crédito. Estas excepciones deberán reducirse al mínimo y estipularse claramente en el régimen de la insolvencia. Esta recomendación se subordina a la recomendación 88 de la Guía sobre la Insolvencia."*]

Acuerdos de subordinación

85. El régimen debería disponer que el titular de una garantía real que tenga prelación podrá subordinar en cualquier momento su prelación, unilateralmente o por un acuerdo, en favor de toda parte reclamante actual o futura.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: En lo que respecta a los acuerdos de subordinación en caso de insolvencia del otorgante, véase la recomendación J de la presente Guía en relación con la insolvencia: "El régimen de la insolvencia debería especificar que, si el titular de un derecho garantizado sobre un bien de la masa de la insolvencia ha subordinado su prelación, unilateralmente o en virtud de un acuerdo, en favor del demandante concurrente, existente o futuro, esa subordinación es obligatoria en el procedimiento de insolvencia con respecto al otorgante."*]

A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.2

Informe del Secretario General: recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

ADICIÓN

ÍNDICE

		Recomendaciones
VII.	Derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento . . .	86-87
VIII.	Incumplimiento y vía ejecutoria	88-124

VII. Derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento

Finalidad

Las disposiciones sobre el régimen aplicable a los derechos y obligaciones de las partes antes del incumplimiento tienen por objeto:

a) Prever cláusulas suplementarias para todo acuerdo de garantía con objeto de dar a las operaciones garantizadas una mayor eficiencia y previsibilidad;

b) Reducir los gastos de las operaciones eliminando la necesidad de negociar y redactar cláusulas para los acuerdos de garantía que ofrezcan una base aceptable para concertar un acuerdo;

c) Reducir las posibilidades de que surjan controversias;

d) Brindar a las partes orientación en la redacción del acuerdo de garantía o facilitarles una lista de referencia a la que puedan remitirse durante la negociación y la concertación del acuerdo de garantía; y

e) Promover la autonomía de las partes.

Autonomía contractual de las partes

86.

Variante A

La ley debería permitir que las partes renunciaran a sus derechos y obligaciones o que los modificaran, siempre y cuando tal renuncia o tal modificación no fuera en contra del orden público o ni dejara a terceros sin protección adecuada.

Variante B

La ley debería disponer que, salvo disposición en contrario en [especifíquense las disposiciones de las que no se podrá prescindir o que no se podrán modificar mediante acuerdo], el acreedor garantizado y el otorgante podrán, mediante acuerdo, apartase de las disposiciones relativas a sus respectivos derechos y obligaciones o modificarlas. Ese acuerdo no deberá afectar los derechos de terceros que no sean parte en él.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la formulación de la recomendación relativa a la autonomía contractual de las partes y estudiar si debe ir en el presente capítulo o en el capítulo relativo a la finalidad y las disposiciones generales de la guía. Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar, junto con la presente recomendación, las recomendaciones relativas a la autonomía de las partes que figuran en el capítulo VIII.*]

Reglas supletorias

87. La ley debería prever reglas supletorias, de carácter no imperativo, que sean aplicables, salvo acuerdo en contrario de las partes. Estas reglas deberían, entre otras cosas:

a) Obligar al otorgante o al acreedor garantizado que esté en posesión de los bienes gravados a mantener dichos bienes en buenas condiciones;

b) Preservar los derechos inherentes a las garantías reales, incluido el derecho a percibir el producto o los frutos civiles derivados del bien gravado;

c) Conceder al otorgante el derecho a continuar explotando sus negocios, incluido el derecho a utilizar y a mezclar los bienes gravados, así como a disponer de ellos, en el curso ordinario de sus negocios; y

d) Garantizar la liquidación de la garantía real una vez que la obligación que esa garantía respalda haya sido pagada o cumplida de cualquier otra forma.

VIII. Incumplimiento y vía ejecutoria

Finalidad

Las disposiciones sobre el régimen aplicable al incumplimiento y a la vía ejecutoria tienen por objeto:

a) Prever procedimientos claros y sencillos para ejecutar las garantías reales de forma previsible y eficiente al producirse un incumplimiento por parte del deudor;

b) Prever procedimientos con los que se incremente al máximo el valor de la posible liquidación de los bienes gravados para el otorgante, el acreedor garantizado y otros acreedores del otorgante;

c) Prever la aplicación de métodos judiciales y, a reserva de la aplicación de las salvaguardias apropiadas, de métodos extrajudiciales para que el acreedor garantizado obtenga el valor de la liquidación de los bienes gravados;

d) Coordinar el régimen de ejecución de las operaciones garantizadas con otras disposiciones legales que rijan la ejecución de los créditos sobre bienes gravados, incluido el régimen de la insolvencia.

Ámbito de aplicación

88. El régimen debería prever que el presente capítulo no se aplicara a una cesión absoluta de créditos, excepto en la medida en que pueda recurrir al cedente en caso de impago por parte del deudor.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: La recomendación 88 tiene por objeto aclarar que el presente capítulo se aplica únicamente a las cesiones cuya finalidad sea servir de garantía*.]

Normas generales de conducta

89. El régimen debería prever que todas las partes deberán ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones conforme a las normas recomendadas en el presente capítulo, actuando de buena fe y de forma razonable desde el punto de vista mercantil. La parte que no cumpla las normas previstas en el presente capítulo será responsable de toda pérdida que se derive de tal incumplimiento.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar si, en su caso, corresponde aplicar el principio enunciado en la recomendación 89, en lo que respecta al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de las obligaciones dimanantes de todos los capítulos de la Guía*.]

Autonomía de las partes

90. El régimen debería prever que la norma general de conducta establecida en la recomendación 89 no podrá dejarse sin efecto ni modificarse. Ninguna de las demás reglas recomendadas en el presente capítulo por las que se conceden derechos al otorgante o a cualquier otra persona, o por las que se imponen obligaciones al acreedor garantizado, podrá ser dejada de lado o modificada mediante un acuerdo previo al incumplimiento del deudor.

91. A reserva de lo previsto en las recomendaciones 89 y 90, el régimen debería permitir a las partes en el acuerdo de garantía o a cualquier tercero apartarse de las normas recomendadas en el presente capítulo, o modificarlas, a raíz del incumplimiento del deudor. Tal acuerdo no afectará los derechos de terceros que no sean partes en él. La persona que impugne el acuerdo deberá demostrar que este se celebró antes del incumplimiento o que era incompatible con las recomendaciones 89 o 90.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Las palabras "a reserva de lo previsto en ..." tienen por objeto aclarar que la norma general de conducta prevista en la recomendación 89 es aplicable y no puede incumplirse ni modificarse. No se hace alusión al orden público, porque la norma enunciada en la recomendación 89 reflejará la política de orden público que aplique al respecto el Estado que promulgue las presentes recomendaciones. Tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar también la posibilidad de incluir el texto suplementario siguiente en la recomendación 91: "En el régimen debería disponerse que toda enajenación de un bien gravado con arreglo a un método previsto en el acuerdo de garantía será*

razonable desde el punto de vista mercantil salvo que la parte objetora demuestre que es manifiestamente irrazonable". Este acuerdo puede celebrarse antes o después del incumplimiento, y su objetivo sería indicar la forma en que un acreedor garantizado ha de cumplir la obligación de enajenar un bien gravado de manera mercantilmente razonable.]

Derechos y recursos tras el incumplimiento

92. El régimen debería prever que al producirse el incumplimiento el otorgante y el acreedor garantizado dispondrán de los derechos y recursos establecidos en las normas que se recomiendan en el presente capítulo, en el acuerdo de garantía (excepto si este es incompatible con las normas recomendadas en el presente capítulo) y en cualquier otra legislación.

Recursos para el acreedor garantizado

93. El régimen debería disponer que tras el incumplimiento el acreedor garantizado tendrá acceso a uno o más de los siguientes recursos:

a) Obtener la posesión de los bienes corporales gravados;

b) Cobrar el valor de bienes gravados que sean créditos por cobrar, títulos negociables, cuentas bancarias o el producto de cobros con cargo a promesas independientes;

c) Ejercer sus derechos en virtud de títulos negociables;

d) Vender, arrendar, conceder licencias sobre bienes gravados o enajenarlos de algún otro modo;

e) Proponer al otorgante que el acreedor garantizado acepte los bienes gravados a modo de cumplimiento total o parcial de las obligaciones garantizadas;

f) Cualquier otro recurso previsto en el acuerdo de garantía (excepto si es incompatible con las normas recomendadas en el presente capítulo) o en cualquier otra regla de derecho.

Recursos para el otorgante

94. El régimen debería prever que al producirse el incumplimiento el otorgante podrá tener acceso a uno o más de los siguientes recursos:

a) En cualquier momento posterior al incumplimiento, y hasta la enajenación, o la aceptación de los bienes gravados o el cobro de su importe por el acreedor garantizado, pagar íntegramente la obligación garantizada, incluidos los intereses y los gastos de su ejecución hasta el momento de la satisfacción total, y obtener que los bienes gravados queden liberados de la garantía real;

b) Apelar ante un tribunal u otra autoridad en caso de que el acreedor garantizado no haya cumplido o no esté cumpliendo sus obligaciones previstas en las normas recomendadas en el presente capítulo con respecto a la ejecución extrajudicial;

c) Rechazar la propuesta del acreedor garantizado de recibir los bienes gravados a modo de satisfacción total o parcial de las obligaciones garantizadas en los plazos prescritos en las normas recomendadas en el presente capítulo;

d) Disponer de cualquier otro recurso previsto en el acuerdo de garantía (excepto si lo prohíben las normas recomendadas en el presente capítulo) o en cualquier otra regla de derecho.

Elección de los recursos

95. El régimen debería prever que el ejercicio de un recurso no invalidará la posibilidad de acogerse a otro.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: La presente recomendación se refiere tanto a la situación en que el ejercicio de uno o más recursos no ha culminado con el cumplimiento íntegro de la obligación garantizada como a aquélla en que el acreedor o el otorgante se ha acogido inicialmente a un recurso determinado y posteriormente ha optado por otro. Por ejemplo, cuando el acreedor haya anunciado una subasta pero luego ha decidido entablar un recurso judicial.*]

Otros recursos

96. El régimen debería prever que el ejercicio de los recursos relativos a los bienes gravados establecidos en el presente régimen no impide a ninguna parte ejercer otros recursos con respecto a la obligación garantizada.

Liberación de los bienes gravados tras la liquidación completa

97. El régimen debería prever que, tras producirse el incumplimiento y hasta el momento en que el acreedor garantizado enajene o acepte los bienes gravados o cobre su importe, el deudor, el otorgante u otras partes interesadas (por ejemplo, un acreedor garantizado con un grado de prelación inferior al del acreedor garantizado ejecutante, un garante o uno de los copropietarios de los bienes gravados) tendrá derecho a pagar íntegramente la obligación garantizada, incluidos los intereses devengados y los gastos de ejecución realizados hasta el momento de la liquidación total. En el régimen debería especificarse que con este pago los bienes gravados dejarán de estar sujetos a la garantía real, o, si así se dispone en otra legislación, que se subrogarán los derechos del acreedor garantizado a cualquier otra parte interesada que efectúe el pago.

Ejecución judicial y extrajudicial

98. El régimen debería facultar al acreedor garantizado, tras producirse el incumplimiento, para:

a) Recurrir a un tribunal o a otras autoridades para que ordenen la ejecución de su garantía real; o

b) Ejecutar su garantía real sin recurrir a tribunales ni a otras autoridades.

[Notificación de la intención de proceder a la ejecución extrajudicial

99. El régimen debería:

a) Determinar si se debe exigir a un acreedor garantizado que notifique su intención de proceder a la ejecución extrajudicial de una garantía real a raíz del incumplimiento, así como el momento en que debería hacer tal notificación y a quién debería dirigirla;

b) Señalar la forma en que se deberá presentar la notificación, el momento de hacerlo y su contenido mínimo, incluso si dicha notificación [al otorgante] debería contener el cálculo de la cuantía adeudada en ese momento y una explicación de las medidas que el deudor o el otorgante deberán adoptar para obtener la liberación de los bienes gravados de la garantía real que pesa sobre ellos, con arreglo a la recomendación 97;

c) Prever que la notificación deberá redactarse de tal manera que quepa razonablemente esperar que con ella queden debidamente informados los destinatarios sobre su contenido, como con un texto del tenor del acuerdo de garantía;

d) Determinar si la notificación se debe inscribir en el registro de las garantías reales;

e) Exponer las consecuencias legales de notificaciones erróneas o insuficientes de la intención de proceder a la ejecución extrajudicial; y

f) Enumerar los casos en que no se requerirá la notificación a fin de evitar todo efecto negativo sobre el valor de liquidación de los bienes gravados (por ejemplo, en caso de bienes corporales perecederos).]

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar la recomendación 99 junto con las recomendaciones 111 y 112. Además, quizás desee examinar la posibilidad de que, aunque la recomendación 99 resulte apropiada en el caso de los otorgantes que sean consumidores o de las garantías reales sobre bienes inmuebles, brinde a un otorgante empresarial, sin pretenderlo, la posibilidad de trasladar los bienes muebles gravados para ponerlos fuera del alcance del acreedor garantizado, frustrando con ello el objetivo de la garantía real. Si el Grupo de Trabajo considera correcto este supuesto, tal vez desee sustituir la recomendación 99 por otro texto que se refiera a las notificaciones hechas a otorgantes que sean consumidores, o dejar la cuestión en manos de la legislación que rige la protección del consumidor.*]

Objeciones a la ejecución extrajudicial

100. En el régimen debería preverse que nada de lo en él establecido impedirá al deudor, al otorgante ni a otros interesados (por ejemplo, a un acreedor garantizado con un grado de prelación inferior al del acreedor garantizado ejecutante, al garante o al copropietario de los bienes gravados) recurrir a un tribunal o a otra autoridad en caso de que el acreedor garantizado no cumpla o no esté cumpliendo con sus obligaciones previstas en las reglas recomendadas en el presente capítulo. En el régimen deberían preverse salvaguardias en el procedimiento, a fin de desalentar las solicitudes infundadas y de impedir toda obstaculización impropia de la liquidación de los bienes gravados o toda demora indebida de tal liquidación por parte del acreedor garantizado.

Desposesión del deudor

101. El régimen debería prever que, al producirse un incumplimiento, el acreedor garantizado tendrá derecho a obtener la posesión de los bienes gravados ya sea sin recurrir a un tribunal o a otra autoridad, o con la asistencia de un tribunal o de tal otra autoridad. En cualquier caso, la ley debería prever un procedimiento agilizado que permitiera al acreedor garantizado obtener, previa solicitud *ex parte*,

un mandamiento judicial por el que se obligase al otorgante a facultar a la parte garantizada para tomar posesión de los bienes gravados o para mantenerlos en el lugar y en las condiciones en que se encontraran hasta que se dictara un nuevo mandamiento judicial, y que permitiera informar al otorgante simultáneamente o previamente al acto de notificación de la solicitud o de cualquier otra notificación que se requiriese en virtud de las reglas recomendadas en el presente capítulo.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Toda persona con derecho a solicitar amparo en virtud de la recomendación 100 podrá acogerse a tal derecho*.]

Cobro de créditos exigibles

102. En el régimen debería preverse que, al producirse un incumplimiento, el acreedor garantizado podrá dar instrucciones a todo deudor de una cuenta correspondiente a un crédito exigible que sea un bien gravado para que efectúe el pago directamente al acreedor garantizado o, si ha recibido otras instrucciones en la notificación de la cesión presentada por el acreedor garantizado en un escrito recibido por el deudor, de conformidad con dichas instrucciones de pago (los derechos de los deudores se abordan en las recomendaciones 17 a 23 del documento A/CN.9/WG.VI/WP.21).

[*Nota para el Grupo de Trabajo: La redacción de la recomendación 102 sigue los términos del párrafo 2) del artículo 17 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional*.]

103. El régimen debería prever que el derecho del acreedor garantizado a cobrar un crédito exigible incluirá el de ejercer cualquier otro derecho a cobrar dicho crédito o a exigir el cumplimiento de las obligaciones relativas a este, mediante, por ejemplo, derechos de garantía o garantías reales.

Títulos negociables

104. El régimen debería prever que, al producirse un incumplimiento, el acreedor garantizado tendrá derecho a hacer valer un título negociable frente a una persona que se halle obligada por dicho título. Sin embargo, al igual que entre el acreedor garantizado y la persona obligada por el título negociable o terceros que invoquen derechos en virtud del régimen de los títulos negociables, las obligaciones y derechos de esas personas se regirán por la legislación en materia de títulos negociables.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: En el comentario figurarán ejemplos de las siguientes personas:*

a) La persona sujeta al título negociable solo podrá quedar obligada a pagar al titular o a un tercero con derecho a hacer valer el instrumento conforme a la ley que rija los títulos negociables; y

b) El derecho de la persona obligada por el título a oponer excepciones a dicha obligación estará determinado por la legislación que rija los títulos negociables.]

105. En el régimen debería preverse que el derecho del acreedor garantizado a hacer valer un título negociable comprende el de invocar todo derecho a recibir el pago o al cobro del título negociable, como las garantías reales.

Producto derivado del cobro con cargo a promesas independientes

106. En el régimen debería preverse que, tras producirse un incumplimiento, los derechos de ejecución del acreedor garantizado sobre el producto derivado del cobro con cargo a una promesa independiente quedarán sujetos a los derechos, previstos en la legislación y la práctica que rija dichas promesas independientes, del emisor/garante o de la persona designada, y a los de cualquier otro beneficiario que se designe en la promesa o al que se haya efectuado una transferencia de derechos de cobro. Ni el emisor/garante ni el banco designado estarán obligados a pagar a otra persona que no sea el beneficiario designado, el beneficiario reconocido de la cesión, el banco designado o el cesionario reconocido del producto. En el régimen debería preverse que todo acreedor garantizado que sea cesionario reconocido del producto de un cobro efectuado con cargo a promesas independientes tendrá derecho a hacer valer este reconocimiento frente a un emisor/garante o frente a una persona designada que retenga el producto cedido en contravención de este reconocimiento.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: A fin de subrayar que se trata de un tipo de bienes gravados originales y no del producto de un tipo distinto de bienes gravados, tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar la posibilidad de sustituir las palabras "producto derivado del cobro con cargo a una promesa independiente" por palabras del siguiente tenor: "... el derecho del beneficiario a un pago derivado de un cobro efectuado con cargo a una promesa independiente".*]

Cuentas bancarias

107. En el régimen debería preverse que, al producirse un incumplimiento, el acreedor garantizado que tenga el control de una cuenta bancaria (véase la recomendación 50, que figura en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.1) tiene el derecho de ejecutar su garantía real en virtud de las condiciones del acuerdo con el banco que establezca el control, sin tener que recurrir a un tribunal ni a ninguna otra autoridad. Sin embargo, con respecto a toda cuenta bancaria en que el otorgante sea una persona física y en que la obligación respaldada por la garantía real en la cuenta bancaria se hubiera contraído para fines personales, familiares o domésticos del otorgante, el acreedor garantizado podrá ejecutar su garantía real únicamente recurriendo a un tribunal o a otra autoridad, tenga o no el control de la cuenta bancaria.

108. El régimen debería disponer que el acreedor garantizado que no tenga el control de una cuenta bancaria solo tendrá derecho a ejecutar la garantía real en virtud de un mandamiento judicial.

Documentos negociables

109. En el régimen debería preverse que, al producirse un incumplimiento, el acreedor garantizado tendrá derecho a hacer valer un documento negociable frente al emisor. Sin embargo, al igual que en la relación entre el acreedor garantizado y el emisor, la obligación de este último quedará determinada por la legislación que rija los documentos negociables.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: En el comentario se citará el ejemplo de que el emisor podrá verse obligado a entregar las mercancías únicamente al titular del documento negociable que se refiera a ellas.*]

Enajenación de bienes gravados

110. En el régimen debería preverse que, tras producirse un incumplimiento, el acreedor garantizado tendrá derecho a vender o arrendar los bienes gravados, a conceder licencias sobre ellos o a enajenarlos de alguna otra manera:

a) Recurriendo a un tribunal o a otra autoridad; o

b) Sin recurrir a un tribunal ni a ninguna otra autoridad.

Notificación anticipada de la enajenación extrajudicial de bienes gravados

111. El régimen debería:

a) Determinar si se debe exigir a un acreedor garantizado que dé notificación de la enajenación extrajudicial de un bien gravado, tras producirse un incumplimiento, así como determinar el momento en que deberá hacerlo y la persona a quién deberá dirigir la notificación;

b) Especificar la forma y el momento en que deberá darse tal notificación, así como su contenido mínimo, determinando incluso si dicha notificación [al otorgante] debería contener el cálculo de la cuantía adeudada en ese momento y el derecho del deudor o el otorgante a obtener que los bienes gravados queden liberados de la garantía real con arreglo a la recomendación 97;

c) Disponer que toda notificación de este tipo esté redactada de manera que quepa razonablemente prever que informe a los destinatarios de su contenido (bastaría con que se emplearan términos similares a los del acuerdo de garantía);

d) Exponer las consecuencias legales de notificaciones insuficientes o erróneas sobre enajenaciones extrajudiciales; y

e) Enumerar los casos en los que no se requeriría tal notificación, a fin de evitar todo efecto negativo sobre el valor de liquidación de los bienes gravados (por ejemplo, en el caso de bienes corporales perecederos).

112. En el régimen deberían preverse normas que garanticen que la notificación pueda darse de forma eficaz, oportuna y fiable a fin de proteger al deudor, al otorgante y a otras partes interesadas y de evitar, al mismo tiempo, toda repercusión negativa sobre los recursos del acreedor garantizado y sobre el posible valor monetario de los bienes gravados.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Como hay notables repeticiones y coincidencias entre la recomendación 111 y la recomendación 99 (que tal vez resulte adecuada únicamente para los otorgantes que sean consumidores), tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar si debe mantenerse o no en el texto la recomendación 99. De ser mantenida, tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar la posibilidad de armonizar la recomendación 99 con las recomendaciones 111 y 112.*]

Aceptación de los bienes gravados como forma de pago de la obligación garantizada

113. En el régimen debería disponerse que, al producirse un incumplimiento, el acreedor garantizado podrá declararse dispuesto a aceptar, sin recurrir a un tribunal ni a ninguna otra autoridad, uno o más de los bienes gravados a modo de pago total o parcial de la obligación garantizada.

114. En el régimen debería preverse que el acreedor garantizado que se declare dispuesto a aceptar un bien gravado a modo de liquidación total o parcial de la obligación garantizada deberá notificar por anticipado su propósito a las siguientes personas:

a) Al otorgante, al deudor y a cualquier otra persona que adeude pagos correspondientes a la obligación garantizada (por ejemplo, a un garante);

b) A toda persona a la que asistan derechos sobre el bien gravado y que, antes del envío de la notificación por el acreedor garantizado, haya notificado por escrito a este de tales derechos; y

c) A cualquier otro acreedor garantizado que haya inscrito en un registro una notificación de una garantía real sobre el bien gravado en nombre del otorgante, o que se halle en posesión del bien gravado en el momento en que se hubiera hecho con él el acreedor garantizado.

115. En el régimen debería disponerse que, si una persona con derecho a recibir notificación en virtud de la recomendación 114 presenta por escrito una objeción [en un plazo breve de, por ejemplo, 20 días a partir de la fecha en que se dio la notificación] respecto de la propuesta de aceptar los bienes gravados a modo de liquidación total o parcial de la obligación garantizada, el acreedor garantizado no podrá llevar a término su propuesta, sino que deberá enajenar los bienes gravados con arreglo a las normas que regulen la enajenación de bienes. Sin embargo, el acreedor garantizado debería estar amparado por el derecho de recurrir a un tribunal o a otra autoridad para que se pronunciara sobre si la objeción es razonable.

Superávit y déficit

116. En el régimen debería preverse que el acreedor garantizado ejecutante deberá aplicar todo producto de la ejecución (incluidos los gastos de la misma) al pago de las obligaciones garantizadas. A reserva de lo previsto en la recomendación 117, el acreedor garantizado ejecutante deberá cancelar todo superávit que subsista tras este pago a los acreedores concurrentes subordinados que, antes de toda distribución del superávit, hayan notificado por escrito al acreedor garantizado ejecutante su reclamación de un eventual superávit. El saldo restante, si lo hubiere, deberá hacerse efectivo al otorgante.

117. Además, en el régimen debería disponerse que, exista o no controversia sobre el derecho de algún reclamante a cobrar o sobre el grado de prelación en el cobro, el acreedor garantizado ejecutante podrá hacer efectivo el superávit a una autoridad judicial competente u otra autoridad o a una caja pública de depósitos para su distribución conforme a las normas de procedimiento de aplicación general.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: La referencia a "una autoridad competente u otra autoridad o a alguna caja pública de depósitos" de la última frase se ajusta al texto del párrafo 8) del artículo 17 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional.*]

118. En el régimen debería preverse que la distribución del producto resultante de una liquidación judicial o de otro procedimiento administrado oficialmente deberá efectuarse conforme a las normas generales del Estado que rijan los procedimientos de ejecución.

119. En el régimen debería disponerse que el otorgante y toda otra persona que adeude el pago de la obligación garantizada deberán abonar todo déficit en el saldo pagado que quede pendiente tras la aplicación del producto de la ejecución al cumplimiento de la obligación garantizada.

Derecho del acreedor garantizado con mayor grado de prelación a hacerse cargo de la ejecución

120. En el régimen debería preverse que el acreedor garantizado con mayor grado de prelación tendrá derecho a asumir el control de la ejecución que haya iniciado un acreedor concurrente subordinado en cualquier momento previo a la enajenación final, a la aceptación o la recepción de los bienes gravados. El derecho a asumir el control incluye el de decidir si la enajenación será administrada o no por un tribunal o por otra autoridad.

Titularidad u otro derecho adquirido mediante distribución extrajudicial

121. El régimen debería prever que si un acreedor garantizado opta por enajenar su bien gravado sin recurrir a un tribunal ni a otra autoridad, la persona que adquiera de buena fe la titularidad u otro derecho sobre el bien lo hará conforme al grado de prelación que le corresponda, pero sin supeditarse a los derechos del otorgante, a los del acreedor garantizado ejecutante ni a los de otra parte reclamante subordinada. La misma norma se aplicará a la titularidad o a cualquier otro derecho adquirido por un acreedor garantizado que haya aceptado los bienes gravados como pago total o parcial de la obligación garantizada.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Se hace referencia a las palabras "titularidad u otro derecho" porque conforme a la recomendación 110 el acreedor garantizado podrá "vender o arrendar los bienes gravados, conceder licencias sobre ellos o enajenarlos de alguna otra manera".*]

Titularidad u otros derechos adquiridos mediante distribución judicial

122. En el régimen debería preverse que, si un acreedor garantizado enajena los bienes gravados mediante un procedimiento judicial u otro procedimiento oficial, la titularidad u otro derecho adquirido por el cesionario deberá determinarse conforme a las normas generales del Estado que regulen los procedimientos de ejecución (por lo que respecta a la distribución del dinero resultante de la enajenación, véase la recomendación 118).

Concurrencia de las disposiciones legales sobre operaciones garantizadas relacionadas con bienes muebles y bienes inmuebles

123. El régimen debería prever lo siguiente:

a) Toda garantía real sobre bienes inmuebles por destino podrá ejecutarse con arreglo al presente régimen o al que rija la ejecución de gravámenes sobre bienes inmuebles; y

b) Si una obligación garantizada está respaldada tanto por una garantía real sobre un bien incorporado a un bien mueble como por un gravamen sobre un bien inmueble, la garantía real sobre el bien inmueble podrá ejecutarse con arreglo al presente régimen o al que rija la ejecución de gravámenes sobre bienes inmuebles.

Coordinación con otros regímenes

124. El régimen debería coordinarse con el derecho general de procedimiento civil a fin de que los acreedores garantizados puedan intervenir en los procesos judiciales entablados por otros acreedores del otorgante para proteger las garantías reales y asegurar que en el régimen se mantenga el mismo orden de prelación entre dichas garantías reales.

A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.3

Recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

ADICIÓN

ÍNDICE

IX. Insolvencia . . . . . .

Introducción

1. La presente nota contiene recomendaciones tomadas de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia (la Guía sobre la Insolvencia), indicadas por números seguidos de medio paréntesis (los números corresponden a los que figuran en la Guía sobre la Insolvencia), así como las recomendaciones A a K, que son nuevas y, por ello, adicionales a las que figuran en la Guía sobre la Insolvencia.

2. Las recomendaciones tomadas de la Guía sobre la Insolvencia son las que abordan concretamente las cuestiones relativas al tratamiento de los acreedores garantizados y sus derechos en caso de insolvencia, así como las que se consideran necesarias para explicar ese tratamiento. Por ejemplo, se incluye la definición de "bienes del deudor" aclarar la amplitud de la masa de la insolvencia constituida en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia y, en consecuencia, de los bienes que se verán afectados por la apertura de ese procedimiento.

IX. Insolvencia

Recomendaciones

Las definiciones que figuran a continuación se han tomado del Glosario de la Guía sobre la Insolvencia (Introducción, párrafo 12):

12. b) "Bienes del deudor"[3]: todo bien y derecho del deudor, así como todo derecho real sobre bienes que obren o no en su posesión, ya sean corporales o

---

[3] A los efectos del presente capítulo, conviene señalar el término "deudor", tal como se emplea en las recomendaciones tomadas de la Guía sobre la Insolvencia, designa a toda persona que reúna los requisitos para la apertura de un procedimiento de insolvencia (véase Guía sobre la Insolvencia, segunda parte, capítulo I, sección A, párrafos 1 a 11, y recomendación 8). Cuando el deudor otorga el derecho garantizado en cuestión (que garantiza la obligación del deudor), el término "deudor" designa también al otorgante. Sin embargo, cuando no es el deudor sino un tercero quien otorga el derecho garantizado en cuestión (por ejemplo, sobre la base de un acuerdo contractual con el deudor), el término "deudor" designa a ese tercero que actúa como otorgante, dado que sólo en la insolvencia de ese tercero que actúa como otorgante el acreedor garantizado es tal acreedor garantizado con un derecho real sobre los bienes gravados. En la insolvencia de un deudor no otorgante, el acreedor es un acreedor no garantizado con un crédito no garantizado frente al deudor no otorgante.

inmateriales, muebles o inmuebles, y todo derecho del deudor sobre bienes gravados por alguna garantía real o sobre bienes que sean propiedad de un tercero;

12. pp) "Garantía real": derecho sobre un bien que se haya constituido en garantía del pago o cumplimiento de una o varias obligaciones.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: En el capítulo sobre la insolvencia, será necesario examinar otros términos que se emplean en la Guía sobre la Insolvencia y en la Guía sobre las operaciones garantizadas; por ejemplo, la definición de "garantía real" y "derecho garantizado" difiere en los dos textos.*]

Recomendaciones de la Guía sobre la Insolvencia

Objetivos fundamentales de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente

1) A fin de establecer y desarrollar un régimen eficiente de la insolvencia deberían tenerse en cuenta los siguientes objetivos fundamentales:

a) Dar certidumbre y seguridad al mercado con miras a promover la estabilidad y el crecimiento de la economía;

b) Maximizar el valor de los bienes de la masa;

c) Ponderar adecuadamente las respectivas ventajas de la vía de liquidación y de la vía de reorganización;

d) Tratar de modo equitativo a todos los acreedores cuyos créditos sean similares;

e) Buscar una resolución rápida, eficiente e imparcial de la situación de insolvencia;

f) Preservar la masa de la insolvencia, de modo que pueda distribuirse equitativamente entre los acreedores;

g) Formular un régimen de la insolvencia transparente y previsible que incentive debidamente la práctica de reunir y facilitar información; y

h) Reconocer todo derecho existente de los acreedores y establecer reglas claras para determinar el grado de prelación otorgable a los créditos.

4) El régimen de la insolvencia debería especificar que cuando una garantía real sea eficaz o ejecutable en virtud de una regla de derecho distinta del régimen de la insolvencia, será reconocida, en un procedimiento de insolvencia, como eficaz y ejecutable.

7) A fin de elaborar un régimen eficaz y eficiente de la insolvencia, procederá considerar los siguientes rasgos comunes de todo régimen de la insolvencia:

a) a d) …

e) La protección de la masa de la insolvencia contra las acciones presentadas por los acreedores, y contra la actuación del propio deudor y del representante de la insolvencia, y cuando las medidas de protección de la masa sean aplicables a los acreedores garantizados, la determinación del modo en que deberá salvaguardarse el valor económico de sus garantías reales durante el procedimiento de insolvencia;

f) a r) …

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

30) 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 establecerse por las normas de derecho internacional privado del Estado en el que se abre el procedimiento de insolvencia.

Régimen aplicable a los procedimientos de insolvencia: lex fori concursus

31) 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) a i) …

j) El tratamiento de los acreedores garantizados;

k) a n) …

o) La clasificación de los créditos;

p) a s) …

Bienes que constituyen la masa de la insolvencia

35) El régimen de la insolvencia debería especificar que la masa de la insolvencia estará integrada por:

a) Los bienes del deudor, incluidos los derechos que pueda tener el deudor sobre bienes gravados y/o sobre bienes que sean propiedad de terceros;

b) y c) …

Proyecto de recomendaciones adicionales

Enfoque unitario

A. El régimen de la insolvencia debería especificar que, en caso de insolvencia del otorgante, el financiador de la adquisición tendrá los mismos derechos y obligaciones que el titular de un derecho garantizado.

Enfoque no unitario

B. [El régimen de la insolvencia debería especificar que, en caso de procedimiento de insolvencia respecto de un comprador sujeto a un acuerdo de retención de la titularidad, un otorgante o un arrendatario financiero, el vendedor, el prestamista que financie el precio de adquisición o el arrendador financiero tendrá los mismos derechos y obligaciones que el titular de un derecho garantizado.] [El régimen de la insolvencia debería especificar que, en caso de procedimiento de insolvencia respecto de un comprador sujeto a un acuerdo de retención de la titularidad, un otorgante o un arrendatario financiero, el vendedor o el arrendador financiero tendrá los mismos derechos y obligaciones de un tercero que es

propietario del bien con arreglo a la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia.]

Tratamiento de los bienes adquiridos después de la apertura

C. Salvo lo previsto en [D], el régimen de la insolvencia debería especificar que un bien de la masa adquirido después de la apertura de un procedimiento de insolvencia no estará sujeto a ningún derecho garantizado creado por el otorgante antes de la apertura del procedimiento de insolvencia.

D. El régimen de la insolvencia debería especificar que un bien de la masa adquirido después de la apertura de un procedimiento de insolvencia con respecto al otorgante estará sujeto a un derecho garantizado creado por el otorgante antes de la apertura del procedimiento de insolvencia en la medida en que el bien sea el producto (en efectivo o no) de un bien gravado que era un bien del otorgante antes de la apertura del procedimiento.

Recomendaciones de la Guía sobre la Insolvencia

Medidas cautelares

39) El régimen de la insolvencia debería especificar que el tribunal podrá conceder una exención de carácter provisional, a petición del deudor, de los acreedores o de terceros, si tal exención es necesaria para proteger y preservar el valor de los bienes del deudor o los intereses de los acreedores entre el momento de la presentación de una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia y la apertura del procedimiento, concretamente:

a) Paralizando la ejecución de medidas contra los bienes del deudor, incluidas las acciones encaminadas a dar eficacia a las garantías reales frente a terceros o la ejecución de garantías reales;

b) a d) …

Medidas aplicables en el momento de la apertura

46) El régimen de la insolvencia debería especificar que, en el momento de la apertura de un procedimiento de insolvencia [agregar: a, b, c, d, e]:

a) Se paralizarán el inicio o la continuación de acciones individuales o de procedimientos que afecten los bienes del deudor, así como sus derechos, obligaciones o responsabilidades;

b) Se paralizará toda acción encaminada a que las garantías reales sean eficaces frente a terceros y a la ejecución de garantías reales;

c) Se paralizará toda medida ejecutiva contra los bienes de la masa de la insolvencia;

d) Se suspenderá el derecho de otra parte a poner fin a todo contrato con el deudor; y

e) Se suspenderá el derecho a transferir o gravar cualquier bien de la masa de la insolvencia o a disponer de él de algún otro modo.

Proyecto de recomendación adicional

Eficacia de los derechos garantizados en caso de insolvencia

E. El régimen de la insolvencia debería especificar que, si un derecho garantizado era válido frente a terceros en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia, se podrán adoptar medidas después de la apertura del procedimiento de insolvencia para prolongar, preservar o mantener la validez frente a terceros del derecho garantizado en la medida y en la forma permitida en el régimen de las operaciones garantizadas[4].

Recomendaciones de la Guía sobre la Insolvencia

Duración de las medidas automáticamente aplicables al iniciarse un procedimiento

49) El régimen de la insolvencia debería especificar que las medidas aplicables en el momento de la apertura de un procedimiento de insolvencia mantendrán sus efectos durante todo este procedimiento hasta que:

a) El tribunal otorgue una exención al respecto;

b) En un procedimiento de reorganización, entre en vigor un plan de reorganización; o

c) En el caso de los acreedores garantizados en procedimientos de liquidación, expire el período fijado por la ley, a menos que el tribunal prorrogue ese período cuando se demuestre que:

i) La prórroga es necesaria para maximizar el valor de los bienes en beneficio de los acreedores; y

ii) El acreedor garantizado quedará protegido de toda disminución del valor del bien gravado sobre el que tenga una garantía real.

Protección frente a una disminución del valor de bienes gravados

50) El régimen de la insolvencia debería especificar que, previa solicitud al tribunal, el acreedor garantizado deberá gozar del derecho a que se preserve el valor de los bienes gravados que respalden su crédito. El tribunal podrá otorgar medidas cautelares, concretamente:

a) Pagos en efectivo con cargo de la masa;

b) La aportación de garantías reales suplementarias; u

c) Otras medidas que el tribunal considere apropiadas.

---

[4] Véase la nota de pie de página a la recomendación 46 b) de la Guía sobre la Insolvencia, en que se especifica lo siguiente: "Si las disposiciones legales distintas del régimen de la insolvencia permiten hacer efectivas las garantías reales dentro de ciertos plazos especificados, es conveniente que ese régimen reconozca esos plazos y permita que la garantía se haga efectiva cuando la apertura del procedimiento de insolvencia tenga lugar antes de la expiración del período especificado. Cuando esas disposiciones legales no prevean tales casos, la paralización aplicable en el momento de la apertura de un procedimiento de insolvencia impedirá que la garantía real adquiera eficacia."

Exención de los efectos de las medidas aplicables en el momento de la apertura de un procedimiento

51) El régimen de la insolvencia debería especificar que un acreedor garantizado podrá solicitar al tribunal que lo exima de los efectos de las medidas aplicables en el momento de la apertura de un procedimiento de insolvencia por motivos que pueden ser, entre otros:

a) El hecho de que el bien gravado no sea necesario para una eventual reorganización o venta de la empresa del deudor;

b) El hecho de que el valor del bien gravado esté disminuyendo como consecuencia de la apertura de un procedimiento de insolvencia y de que el acreedor garantizado no esté protegido contra esa reducción del valor; y

c) En una reorganización, el hecho de que no se haya aprobado un plan de reorganización en el plazo pertinente.

Facultad para usar y disponer de los bienes de la masa de la insolvencia

52) El régimen de la insolvencia debería permitir:

a) La utilización y disposición de los bienes de la masa de la insolvencia (incluidos los bienes gravados) en el curso ordinario de los negocios, excepto el producto en efectivo de su venta; y

b) La utilización y disposición de los bienes de la masa de la insolvencia (incluidos los bienes gravados) fuera del curso ordinario de los negocios, a reserva de lo previsto en las recomendaciones 55 y 58.

Proyecto de recomendación adicional

Costos y gastos de conservación del valor de los bienes gravados

F. El régimen de la insolvencia debería especificar que el representante de la insolvencia tendrá derecho a recuperar con cargo al valor de un bien gravado los costos o gastos razonables (incluidos los de carácter general, si corresponde) que haya contraído para conservar, preservar o aumentar el valor del bien gravado en beneficio del acreedor garantizado.

Recomendaciones de la Guía sobre la Insolvencia

Imposición de nuevos gravámenes sobre bienes gravados

53) El régimen de la insolvencia debería especificar que podrán imponerse nuevos gravámenes sobre bienes ya gravados, a reserva de lo previsto en las recomendaciones 65 a 67.

Utilización de bienes que sean propiedad de terceros

54) El régimen de la insolvencia debería especificar que el representante de la insolvencia podrá utilizar un bien que sea propiedad de terceros o que esté en posesión del deudor, siempre y cuando se cumplan, entre otras, las siguientes condiciones:

a) La protección de los intereses de terceros contra toda disminución del valor del bien; y

b) El pago, como gastos administrativos, de los costos dimanantes del contrato ocasionado por el hecho de seguir cumpliendo el contrato y de la utilización del bien.

Facultad de vender bienes de la masa que no estén gravados ni sujetos a otras garantías reales

58) El régimen de la insolvencia debería permitir al representante de la insolvencia vender todo bien que esté gravado o sujeto a otros derechos reales, sin ningún tipo de gravámenes y fuera del curso ordinario de los negocios, a condición de que:

a) El representante de la insolvencia notifique la venta propuesta a los titulares de garantías reales o de otros gravámenes;

b) Los titulares de dichos gravámenes tengan la oportunidad de exponer sus argumentos ante el tribunal cuando tengan objeciones a la venta propuesta;

c) No se haya dictado ninguna limitación de la paralización; y

d) Se preserve la prelación de los derechos sobre el producto de la venta del bien.

Utilización del producto en efectivo

59) El régimen de la insolvencia debería permitir al representante de la insolvencia utilizar el producto en efectivo, o disponer de él, siempre que:

a) El acreedor garantizado que tenga una garantía real sobre ese producto en efectivo dé su consentimiento a que se utilice el producto, o se disponga de él, de esa forma; o

b) Se haya notificado al acreedor garantizado la utilización o disposición propuesta y se le haya dado la oportunidad de exponer sus argumentos ante el tribunal; y

c) Se hayan previsto salvaguardias para preservar los intereses del acreedor contra toda disminución del valor del producto en efectivo.

Bienes gravosos

62) El régimen de la insolvencia debería permitir al representante de la insolvencia determinar la forma de proceder respecto de los bienes que resulten gravosos para la masa. En particular, el régimen podrá permitir al representante renunciar a los bienes gravosos, después de notificar a los acreedores al respecto y de darles la oportunidad de oponerse a la medida propuesta. No obstante, cuando el valor del crédito garantizado sea superior al del bien gravado, y cuando dicho bien no sea necesario para la reorganización o la venta de la empresa como negocio en marcha, el régimen de la insolvencia podrá permitir que el representante de la insolvencia renuncie al bien y lo entregue al acreedor garantizado sin notificar a los demás acreedores.

Garantías en respaldo de toda financiación posterior a la apertura de un procedimiento

65) El régimen de la insolvencia debería permitir que se constituyera una garantía real para el reembolso de la financiación posterior a la apertura de un procedimiento, incluso sobre bienes no gravados, como los bienes adquiridos ulteriormente, o una garantía nueva o con menor prelación sobre bienes de la masa ya gravados.

66) El régimen de la insolvencia debería especificar que una garantía real sobre los bienes del deudor encaminada a garantizar la financiación posterior a la apertura del procedimiento no tendrá prelación respecto de otra garantía real ya existente sobre los mismos bienes, a menos que el representante de la insolvencia obtenga el consentimiento del acreedor o los acreedores garantizados beneficiarios de la garantía o siga el procedimiento enunciado en la recomendación 67.

67) El régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando el acreedor garantizado ya existente no dé su consentimiento, el tribunal podrá autorizar la constitución de una garantía real que goce de prelación sobre las garantías preexistentes, siempre que se satisfagan determinadas condiciones, a saber, que:

a) Se notifique al acreedor garantizado ya existente y se le dé la oportunidad de ser oído por el tribunal;

b) El deudor pueda probar que no le es posible obtener la financiación de otra manera; y

c) Se protejan los intereses del acreedor garantizado ya existente.

Efecto del cambio de procedimiento en los créditos posteriores a la apertura

68) El régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando el procedimiento de reorganización pase a ser uno de liquidación, toda prelación concedida a la financiación posterior a la apertura del procedimiento en la reorganización deberá seguir reconociéndose en la liquidación.

Cláusulas de extinción y de agilización automáticas

70) El régimen de la insolvencia debería especificar que no será invocable, frente al representante de la insolvencia o al deudor, ninguna cláusula contractual por la que se estipule la extinción o la agilización automáticas de un contrato cuando:

a) Se haya presentado una solicitud de apertura o se haya abierto un procedimiento de insolvencia;

b) Se haya nombrado un representante de la insolvencia.

71) El régimen de la insolvencia debería indicar claramente los contratos a los que no podrá aplicarse la recomendación 70, como los contratos financieros, o los que estén sujetos a reglas especiales, como los contratos de trabajo.

72) El régimen de la insolvencia debería especificar que el representante de la insolvencia podrá decidir que continúe cumpliéndose un contrato del que tenga conocimiento cuando ello resulte beneficioso para la masa de la insolvencia. El régimen de la insolvencia debería especificar que:

a) El derecho a mantener un contrato es aplicable a la totalidad de este; y

b) Al mantenerse dicho contrato, resultarán ejecutables todas sus cláusulas.

Cumplimiento previo al mantenimiento o al rechazo de un contrato

80) El régimen de la insolvencia debería especificar que el representante de la insolvencia podrá aceptar o requerir de la otra parte el cumplimiento de un contrato antes de la decisión de mantener o rechazar este. Las reclamaciones de la otra parte que se deriven del cumplimiento aceptado o requerido por el representante de la insolvencia antes del mantenimiento o del rechazo del contrato serán pagaderas en concepto de gastos de administración de la masa:

a) ...

b) Si el representante de la insolvencia utiliza bienes que sean propiedad de terceros y que estén en posesión del deudor en virtud de un contrato, deberá protegerse al tercero de toda pérdida de valor de sus bienes y dicha parte tendrá derecho a que se le abone una suma en concepto de gastos de administración de la masa, conforme al apartado a).

[*Nota para el Grupo de Trabajo: En el comentario quedará claro que el rechazo de un acuerdo de crédito no pone fin al acuerdo de garantía real ni extingue el derecho garantizado.*]

Proyecto de recomendación adicional

Cláusulas de extinción automática

G. Si el régimen de la insolvencia especifica que una cláusula contractual en virtud de la cual, una vez abierto el procedimiento de insolvencia u ocurrido otro hecho relacionado con la insolvencia, se extinga automáticamente cualquier obligación contraída con arreglo a un contrato o se agilice el vencimiento de cualquier obligación contraída con arreglo a un contrato, es inejecutable respecto del representante de la insolvencia o el deudor, el régimen de la insolvencia deberá especificar que esa disposición no convierte en inejecutable ni invalida una cláusula contractual que libere al acreedor de la obligación de hacer un préstamo u otorgar un crédito u otras facilidades financieras al deudor o en su favor.

Recomendaciones de la Guía sobre la Insolvencia

Anulación de las garantías reales

88) El régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando una garantía real sea eficaz o ejecutable en virtud de una regla de derecho distinta del régimen de la insolvencia podrá quedar sujeta a las disposiciones de anulación del régimen por los mismos motivos que otras operaciones.

Contratos financieros

103) Una vez rescindidos los contratos financieros del deudor, el régimen de la insolvencia debería permitir que toda parte financiera haga efectivas sus garantías reales, destinando su producto al cumplimiento de las obligaciones dimanantes de dichos contratos. Los contratos deberían quedar exentos de toda suspensión impuesta por el régimen de la insolvencia a la ejecutabilidad de una garantía real.

Participación de los acreedores

126) El régimen de la insolvencia debería especificar que los acreedores, estén o no amparados por una garantía, tendrán derecho a participar en el procedimiento de insolvencia, e indicar las funciones que, en el ejercicio de ese derecho, podrán tener que desempeñar.

Derecho de las partes interesadas a ser oídas y a solicitar una revisión

137) El régimen de la insolvencia debería especificar que toda parte interesada tendrá derecho a ser oída respecto de cualquier cuestión del procedimiento de insolvencia que afecte a sus derechos, obligaciones o garantías reales. Por ejemplo, la parte interesada debería estar legitimada para:

a) Impugnar todo acto que requiera aprobación judicial;

b) Solicitar que el tribunal revise cualquier acto que no requiera aprobación judicial o cuya aprobación no haya sido solicitada al tribunal; y

c) Solicitar cualquier medida de amparo o exoneración que pueda reclamar en el procedimiento de insolvencia.

Derecho de apelación

138) El régimen de la insolvencia debería especificar que toda parte interesada podrá apelar cualquier resolución del tribunal que afecte sus derechos, obligaciones o garantías reales.

Aprobación por categorías

150) Cuando la votación para la aprobación del plan se realice por categorías de acreedores, el régimen de la insolvencia debería especificar cuál será el efecto, para la aprobación del plan, del resultado obtenido en la votación de cada categoría. Cabe prever diversos criterios, como el de requerir que el plan sea aprobado por una determinada mayoría de categorías o por todas ellas, pero que al menos una de las categorías de acreedores cuyos derechos sean modificados o se vean afectados por el plan deberá aprobarlo.

151) Cuando el régimen no requiera que el plan sea aprobado por todas las categorías, debería prever el trato que se ha de dar a las categorías que no voten a favor del plan que sea, por lo demás, aprobado por las categorías cuya aceptación sea exigida. Ese trato debería tener como base las condiciones enumeradas en la recomendación 152.

Confirmación de un plan aprobado

152) Cuando el régimen requiera una confirmación judicial del plan aprobado, debería exigir que el tribunal confirme el plan si este cumple las condiciones siguientes:

a) Que se haya obtenido cualquier aprobación requerida y se haya seguido debidamente el procedimiento prescrito para la aprobación;

b) Que los acreedores reciban con arreglo al plan un valor que sea al menos equivalente al que habrían recibido en un procedimiento de liquidación, salvo que dichos acreedores hayan expresamente convenido en recibir un trato menos favorable;

c) Que nada de lo dispuesto en el plan sea contrario a derecho;

d) Que vaya a ser plenamente pagado todo crédito o gasto administrativo salvo en la medida en que el beneficiario de dicho crédito o gasto convenga en que se le otorgue un trato distinto; y

e) Salvo en la medida en que las categorías de acreedores afectadas hayan acordado otra cosa, si una categoría de acreedores ha votado contra el plan, esa categoría se reconocerá como tal, con arreglo al plan, en el régimen de insolvencia y en la distribución que se efectúe conforme al plan deberá tenerse en cuenta la prelación reconocida.

Impugnación de la aprobación del plan (cuando no se exija su confirmación judicial)

153) Cuando un plan pase a ser vinculante a raíz de su aprobación por los acreedores, sin que se requiera confirmación judicial alguna, el régimen de la insolvencia debería permitir a toda parte interesada, incluido el deudor, impugnar su aprobación. El régimen debería especificar los criterios para la evaluación de toda impugnación interpuesta, entre los que cabe citar:

a) Que se cumplan las condiciones enunciadas en la recomendación 152; y

b) Que medie un supuesto de fraude, en cuyo caso serán aplicables los requisitos enunciados en la recomendación 154.

Proyecto de recomendación adicional

Valoración de los bienes gravados en un procedimiento de reorganización

H. El régimen de la insolvencia debería especificar que, al determinar el valor de liquidación de los bienes gravados en un procedimiento de reorganización, se deberán tener en cuenta la utilización de esos bienes y el propósito de la valoración. El valor de liquidación de esos bienes puede basarse en su valor como parte de un negocio en marcha.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: En el comentario se hará observar que el comentario de la Guía sobre la Insolvencia prevé la misma norma para todos los bienes, véase el párrafo 66, segunda parte, capítulo II, sección B.*]

Recomendaciones de la Guía sobre la Insolvencia

Créditos garantizados

172) El régimen debería especificar si los acreedores garantizados tendrán que presentar sus créditos.

Admisión o rechazo de créditos

- *Valoración de los créditos garantizados*

179) El régimen debería disponer que el representante de la insolvencia podrá determinar, mediante una valoración del bien gravado, la parte del crédito de un acreedor garantizado que está respaldada por la garantía y la que no lo está.

Créditos garantizados

188) El régimen debería especificar que un crédito garantizado deberá reembolsarse con cargo al bien gravado, en una liquidación, o con arreglo a lo dispuesto en un plan de reorganización, subordinándolo a los créditos que tengan eventualmente mayor prelación. El régimen debería reducir al mínimo y enunciar claramente los créditos que tengan un mayor grado de prelación que los créditos garantizados. Cuando el valor del bien gravado sea insuficiente para satisfacer el crédito del acreedor garantizado, este podrá participar en el procedimiento como si fuera un acreedor ordinario sin garantía.

Proyecto de recomendaciones adicionales

Prelación de un derecho garantizado en un procedimiento de insolvencia

I. El régimen de la insolvencia debería especificar que, si un derecho garantizado tiene prelación con arreglo a una regla de derecho distinta del régimen de la insolvencia, esa prelación seguirá intacta en el procedimiento de insolvencia, excepto si, con arreglo al régimen de la insolvencia, se da prelación a otro crédito. Estas excepciones deberán reducirse al mínimo y estipularse claramente en el régimen de la insolvencia. Esta recomendación se subordina a en la recomendación 88 de la Guía sobre la Insolvencia.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: En el comentario se presentarán ejemplos de excepciones, como los casos de prelación con respecto a la financiación después de la apertura y los créditos privilegiados.*]

Efecto de un acuerdo de subordinación en un procedimiento de insolvencia

J. El régimen de la insolvencia debería especificar que, si el titular de un derecho garantizado sobre un bien de la masa de la insolvencia ha subordinado su prelación, unilateralmente o en virtud de un acuerdo, en favor de un demandante concurrente existente o futuro, esa subordinación es obligatoria en el procedimiento de insolvencia con respecto al otorgante.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Véase la recomendación 85 (véase WP.21/Add.1), que enuncia la norma general de la subordinación aplicable cuando no existe un procedimiento de insolvencia.*]

Repercusión de la insolvencia en las normas sobre conflicto de leyes

K. El régimen deberá especificar que, no obstante la apertura de un procedimiento de insolvencia, la creación, eficacia frente a terceros, prelación y ejecución de un derecho garantizado se regirán por la ley que se aplicaría en caso de no existir el procedimiento de insolvencia. Esta recomendación no afecta a la aplicación de ninguna norma relativa a la insolvencia, incluidas las relacionadas con la anulación, prelación o ejecución de derechos garantizados.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: En el comentario se aclararán las relaciones existentes entre esta recomendación y las recomendaciones 30 y 31 de la Guía sobre la Insolvencia. También se explicará que esta recomendación se refiere a las normas relativas a la insolvencia con independencia que se caractericen, cualquiera que sea el propósito, como normas procesales, sustantivas, jurisdiccionales u otras.*]

A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.4

Recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

ADICIÓN

ÍNDICE

Recomendaciones

X. Mecanismos de financiación de las compras . . . . . 125 a 135

X. Mecanismos de financiación de las compras

Finalidad

La finalidad de las disposiciones del régimen sobre los mecanismos de financiación de las compras (ventas con acuerdo de retención de la titularidad, dispositivos de garantía real para la financiación del precio de compra y arrendamientos financieros) es la siguiente:

a) Reconocer la importancia de la financiación de las compras como fuente de crédito asequible, en particular para la pequeña y mediana empresa; y

b) Ofrecer un tratamiento igualitario a todos los proveedores de financiación de compras, aplicándoles las normas que regulan las garantías reales o [un conjunto de normas diferentes pero equivalentes] [algunas de las normas que regulan las garantías reales].

Equivalencia entre los mecanismos de financiación de las compras y las garantías reales

125. El régimen debería tratar las garantías de la adquisición resultantes de operaciones como las ventas mediante acuerdos de retención de la titularidad, los acuerdos de préstamo para la financiación del precio de compra y los arrendamientos financieros, como garantías reales mediante la inclusión de esas garantías en la definición de "garantías reales" y, de esa manera, aplicarles directamente las normas que regulan las garantías reales ("enfoque unitario"). Otra posibilidad sería que el régimen excluyera esas garantías (o algunas de ellas) de la definición de "garantías reales", aunque les aplicara [un conjunto de normas diferentes pero equivalentes] [algunas de las normas que regulan las garantías reales] ("enfoque no unitario"). En cualquiera de los dos casos, procedería adoptar las recomendaciones aplicables a las garantías reales de la adquisición, complementadas por las aplicables a las garantías reales sin adquisición.

Constitución de garantías reales de la adquisición

126. El régimen debería especificar que una garantía real se constituiría por acuerdo entre el comprador, el otorgante o arrendatario financiero (denominado en adelante "otorgante") y el vendedor, el acreedor garantizado o el arrendador financiero (denominado en adelante "financiador de la compra"), acuerdo que se expresará en un texto escrito y que testimoniará la intención del otorgante de otorgar una garantía

real, o que llevara aparejado el traspaso de la posesión con arreglo al acuerdo y de conformidad con la recomendación 9. El texto escrito puede ser, por ejemplo, una orden de compra, una factura, las condiciones generales de la operación o documentos similares. Puede ser también una comunicación electrónica, si la información que ésta contiene es accesible de modo que pueda utilizar como referencia en lo sucesivo (véase el artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico).

[*Nota para el Grupo de Trabajo: La recomendación 126 se basa en la recomendación 8 (véase A/CN.9/WG.VI/WP.21) y es, en esencia, coherente con la versión anterior de esta recomendación (véase A/CN.9/WG.VI/WP.17/Add.1, recomendación 2). Tal vez el Grupo de Trabajo desee incluir una nota dirigida a los Estados que prefieran adoptar un enfoque no unitario, cuyo tenor podría ser similar al siguiente: "Los Estados que prefieran adoptar un enfoque no unitario tal vez deseen mantener la terminología específica (por ejemplo, comprador, vendedor, arrendatario financiero, arrendador financiero, etc.)*."]

Eficacia de las garantías reales de la adquisición frente a terceros

127. El régimen debería disponer que, para que una garantía real de la adquisición sin desplazamiento de los bienes tenga validez frente a terceros, el financiador de la adquisición habrá de inscribir una anotación que proteja su garantía en el correspondiente registro de garantías reales. En caso de que el financiador de la compra registre la notificación a más tardar [especifíquese un período breve, por ejemplo, de 20 a 30 días] a partir de la entrega efectiva de los bienes al otorgante, la garantía será válida también frente a terceros cuyos derechos hayan surgido entre el momento en que se constituyó la garantía real de la adquisición y su registro. Si el financiador de la adquisición registra la anotación después de que haya expirado ese plazo, la garantía real de la adquisición será válida frente a terceros desde el momento en que se registre la anotación.

Excepciones al principio de inscripción en registro

128. El régimen debería disponer que las garantías reales de la adquisición sin desplazamiento de bienes de consumo que tengan un valor de reventa, como vehículos motorizados, remolques, embarcaciones y aeronaves, serán válidas frente a terceros cuando se constituyan sin necesidad de inscribirlas en el registro de garantías reales.

Prelación de las garantías reales de la adquisición sobre las garantías reales sin adquisición previamente registradas sobre bienes futuros distintos de las existencias

129. En el caso de bienes distintos de las existencias, el régimen debería disponer que una garantía real de la adquisición tendrá prelación sobre una garantía real previamente registrada sobre los mismos bienes (incluso cuando se haya inscrito en el registro de garantías reales una anotación relativa a la garantía real previamente registrada antes de inscribir la garantía real de la adquisición) si: i) el financiador de la adquisición retiene la posesión efectiva de los bienes; ii) la anotación sobre la garantía real de la adquisición ha sido registrada dentro de un plazo de [el mismo número de días especificado en la recomendación 127] a partir de la entrega efectiva de los bienes al otorgante; o iii) la garantía real de la adquisición se ha hecho valer

frente a terceros, con arreglo a la recomendación 128, en el momento en que fue constituida.

Prelación de las garantías reales de la adquisición frente a garantías reales sin adquisición previamente registradas sobre las existencias futuras

130. El régimen debería disponer que una garantía real de la adquisición tendrá prelación sobre una garantía real previamente registrada sobre las existencias del otorgante (incluso cuando esa garantía previamente registrada se haya hecho valer frente a terceros antes de que la garantía real de la adquisición se haya hecho valer frente a terceros) cuando: i) el financiador de la adquisición retenga la posesión efectiva de los bienes; o ii) antes de la entrega efectiva de las existencias al otorgante, el financiador de la adquisición: a) ha inscrito una anotación relativa a esa garantía en el correspondiente registro de garantías reales; y b) ha notificado por escrito al titular de la garantía real previamente registrada que el financiador de la adquisición tiene el propósito de concertar una o más operaciones con arreglo a las cuales esa persona gozará de una garantía real de la adquisición de mayor rango respecto de las existencias adicionales del otorgante descritas en la notificación.

131. El régimen debería disponer que la notificación a titulares de garantías reales previamente registradas podrá abarcar operaciones múltiples de adquisición entre las mismas partes. Sin embargo, la notificación solo deberá ser efectiva respecto de las garantías reales de la adquisición constituidas dentro de un plazo [especifíquese el plazo, por ejemplo, cinco años] después de que se haya dado la notificación.

Garantías cruzadas

132. El régimen debería disponer que una garantía real de la adquisición quedará sujeta a las recomendaciones formuladas en el presente capítulo respecto de la eficacia frente a terceros y de la prelación, incluso cuando el financiador de la adquisición: i) tenga también sobre los bienes una garantía real que asegure las obligaciones del otorgante cuando no hay adquisición; o ii) tenga sobre otros activos del otorgante una garantía real que asegure la obligación de pago relacionada con la garantía real de la adquisición.

Prelación de las garantías reales de la adquisición sobre el producto de las existencias

133. El régimen debería disponer que la prelación prevista en la recomendación 130 respecto de una garantía real de la adquisición sobre las existencias frente a una garantía real previamente registrada sobre los mismos bienes se aplicará al producto de esas existencias, siempre y cuando el financiador de la adquisición haya notificado a los financiadores previamente registrados que tengan una garantía real sobre bienes del mismo tipo que el producto.

Ejecución de la garantía

134.

Enfoque unitario

El régimen debería disponer que, en caso de incumplimiento por parte del otorgante, el financiador de la adquisición tendrá derecho a recuperar la posesión de los bienes y disponer de ellos con sujeción a las mismas normas aplicables a las garantías reales en general.

Enfoque no unitario

El régimen debería disponer que, en caso de incumplimiento por parte del comprador, el otorgante o el arrendatario financiero, el vendedor, el acreedor garantizado que financia el precio de compra o el arrendador financiero tendrán, en la máxima medida posible, los mismos derechos y vías de recurso que el titular de la garantía real.

Insolvencia

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Véanse las recomendaciones A y B, que forman parte de las recomendaciones de la Guía sobre la insolvencia*.]

Enfoque unitario

A. El régimen en materia de insolvencia debería disponer que, en caso de procedimiento de insolvencia del otorgante, el financiador de la adquisición tendrá los derechos y obligaciones del titular de la garantía real.

Enfoque no unitario

B. [*El régimen debería disponer que, en caso de procedimiento de insolvencia respecto de un comprador sujeto a un acuerdo de retención de la titularidad, un otorgante o un arrendatario financiero, el vendedor, el prestamista que financia el precio de compra o el arrendador financiero tendrán los mismos derechos y obligaciones que el titular de una garantía real.] [El régimen debería disponer que, en caso de procedimiento de insolvencia respecto de un comprador sujeto a un acuerdo de retención de la titularidad, un otorgante o un arrendatario financiero, el vendedor o el arrendador financiero tendrá los mismos derechos y obligaciones que un tercero que sea propietario del bien con arreglo a la Guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia*.]

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Las dos opciones contenidas en la recomendación B responden a los diferentes criterios que los Estados pueden adoptar con respecto a la cuestión de si los mecanismos de financiación de las compras se van a tratar totalmente o solo en cierta medida del mismo modo que las garantías reales de la financiación del precio de compra*.]

Conflicto de leyes

135. El régimen debería disponer que se aplicarán las recomendaciones relativas al conflicto de leyes a los mecanismos de financiación de las compras, con excepción de la recomendación 137.

A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.5

Recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

ADICIÓN

ÍNDICE

		Recomendaciones
XI.	Conflicto de leyes	136 a 149
XII.	Transición	150 a 158

XI. Conflicto de leyes*

Finalidad

La finalidad de las disposiciones sobre conflicto de leyes es determinar el derecho aplicable a cada una de las siguientes cuestiones: la constitución de una garantía real; los derechos y obligaciones entre el acreedor garantizado y el otorgante con anterioridad al incumplimiento; la eficacia de una garantía real frente a terceros; la prelación de una garantía real sobre los derechos de otras partes reclamantes, y la ejecución de una garantía real.

Esas disposiciones serán aplicables también, cuando proceda, a los derechos que, sin estar comprendidos en la categoría de "garantías reales", cumplan una función económica análoga y estén en condiciones de competir con las garantías reales, entre ellos, los derechos del cesionario de créditos por cobrar, del proveedor de mercancías que conserve la titularidad de los bienes en virtud de un acuerdo de retención de la titularidad, o del arrendador financiero.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee observar que la expresión "cuando proceda" tiene por objeto dar cierta flexibilidad a los Estados que adopten un criterio no unitario con respecto a la manera en que podrían asimilar los mecanismos de financiación de las compras a los mecanismos de garantía (véase A/CN.9/574, párrafo 34). El Grupo de Trabajo tal vez desee recordar que después de la expresión "la constitución de una garantía real" se habían añadido las palabras "entre las partes" con objeto de aclarar la distinción que se hacía en la Guía entre "la eficacia entre las partes" y "la eficacia frente a terceros". Sin embargo, no existen dos formas o momentos de constituir una garantía real, sino únicamente dos clases de eficacia. Por consiguiente, en las recomendaciones ya no se hace referencia a la constitución de la garantía "entre las partes". El Grupo de Trabajo tal vez desee incluir una nota de pie de página en relación con el primer párrafo de la sección sobre la finalidad para indicar que "El significado de estos términos se aclara en los capítulos IV, V, VI, VII y VIII, respectivamente".*]

* Recomendaciones preparadas en estrecha colaboración con la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

Garantías sobre bienes corporales

136. El régimen dispondrá que la constitución de toda garantía real sobre bienes corporales, su eficacia frente a terceros y su prelación sobre los derechos de otras partes reclamantes se rijan por las leyes del Estado en que esté situado el bien gravado (en lo que respecta a las mercancías en tránsito y de exportación, véase también la recomendación 142). No obstante, cuando se trate de garantías sobre bienes corporales que suelen utilizarse en más de un Estado, el régimen dispondrá que esas cuestiones se rijan por las leyes del Estado en que esté situado el otorgante.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de que la recomendación 136 sea aplicable a los documentos negociables. En lo que respecta a los títulos negociables, podría considerar la posibilidad de que se rigieran por la recomendación 136, salvo que estuvieran sujetos a una garantía real sin desplazamiento, en cuyo caso se aplicaría la recomendación 137.*]

Garantías sobre bienes inmateriales

137. El régimen dispondrá que la constitución de toda garantía real sobre bienes inmateriales, su eficacia frente a terceros y su prelación sobre los derechos de otras partes reclamantes se rijan por las leyes del Estado en que esté situado el otorgante.

Garantías sobre el producto del cobro de una promesa independiente

138. [El régimen dispondrá que:

a) A reserva de lo dispuesto en los apartados b) y c), la constitución de toda garantía real sobre el producto del cobro de una promesa independiente, su eficacia frente a terceros, su prelación sobre los derechos de otras partes reclamantes y su ejecución se rijan por las leyes del Estado en que esté situado el otorgante;

b) En la medida en que el pago se solicite al emisor/garante o a la persona designada para efectuarlo, o en que se efectúe en virtud de un reconocimiento hecho por el emisor/garante o la persona designada, la eficacia frente a terceros, la prelación sobre los derechos de otras partes reclamantes y la ejecución de toda garantía real sobre el producto del cobro de una promesa independiente se rijan por las leyes del Estado en que esté situado [el pagador] [la filial pertinente del pagador] del producto; y

c) Los derechos y obligaciones del emisor/garante o la persona designada de actuar o no frente a una solicitud de reconocimiento de una cesión del producto o a un reconocimiento que haya hecho se rijan por las leyes invocadas en el reconocimiento o, si este no se ha hecho ni se ha elegido la ley aplicable, por las leyes del Estado en que se encuentre esa persona y sin remitirse a las que regulen la propia promesa independiente.]

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si: i) el apartado a) es necesario, ya que reitera la norma enunciada en la recomendación 137; ii) el apartado b) es necesario, ya que aborda la cuestión de la protección del deudor de una cuenta, prevista en la recomendación 147; iii) el apartado c) es necesario, ya que aborda una cuestión contractual. El Grupo de Trabajo tal vez también desee explicar el significado que tiene en esta recomendación la referencia a la ubicación de la persona.*]

Garantías sobre cuentas bancarias

139. [Salvo que en la recomendación 140 se disponga otra cosa,] el régimen dispondrá que la constitución de toda garantía real sobre una cuenta bancaria, su eficacia frente a terceros, su grado de prelación sobre los derechos de otras partes reclamantes, los derechos y obligaciones del banco depositario con respecto a la garantía y la ejecución de ésta se rijan por

Variante A

la ley del Estado expresamente designado en el acuerdo sobre la cuenta para regularlo o, si en él se estipulara expresamente la aplicabilidad de otra ley a todas esas cuestiones, por esa otra ley. No obstante, la ley invocada en la presente recomendación únicamente será aplicable si el banco depositario, en el momento de concertar el acuerdo sobre la cuenta, posee en ese Estado una oficina normalmente encargada de administrar cuentas bancarias.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: La variante A está basada en el artículo 4.1 del Convenio sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en poder de un intermediario ("el Convenio de La Haya").*]

139 *bis*. Si la ley aplicable no queda determinada conforme a la recomendación 139, pero en el acuerdo escrito sobre la cuenta se estipula expresamente y sin ambigüedades que el banco concertó el acuerdo por conducto de determinada oficina, el régimen dispondrá que la ley aplicable a todas las cuestiones enumeradas en la recomendación 139 sea la que esté en vigor en el Estado en que estuviera situada la oficina a la sazón, siempre y cuando ésta cumpliera en ese momento la condición establecida en la segunda frase de la recomendación 139.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Esta recomendación está basada en el artículo 5.1 del Convenio de La Haya.*]

139 *ter*. Si la ley aplicable no queda determinada conforme a las recomendaciones 139 ni 139 *bis*, regirá la que esté en vigor en el Estado en que el banco depositario esté establecido o, en su defecto, organizado en el momento de concertar el acuerdo escrito sobre la cuenta o, de no existir este, en el momento de la apertura de la cuenta.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Esta recomendación está basada en el artículo 5.2 del Convenio de La Haya.*]

139 *quater*. Si la ley aplicable no queda determinada conforme a las recomendaciones 139, 139 *bis* ni 139 *ter,* regirá la que esté en vigor en el Estado en que el banco depositario tenga su establecimiento o, si tuviera más de uno, su establecimiento principal, en el momento de concertar el acuerdo escrito sobre la cuenta o, de no existir este, en el momento de la apertura de la cuenta.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Esta recomendación está basada en el artículo 5.3 del Convenio de La Haya.*]

Variante B

Igual que la variante A, pero sin las recomendaciones 139 *bis*, 139 *ter* ni 139 *quater*, que podrían sustituirse por un texto en los siguientes términos: "Si la ley aplicable no queda determinada conforme a la recomendación 139, el régimen establecerá disposiciones supletorias basadas en el artículo 5 del Convenio de La Haya."

[*Nota para el Grupo de Trabajo: La variante B es una versión simplificada de la variante A. En el comentario se podrían incluir las normas supletorias detalladas del Convenio de La Haya con suficiente explicación. Otra opción para la variante B sería suprimir de la recomendación toda referencia a disposiciones supletorias y, en cambio, incluirlas y explicarlas bien en el comentario.*]

Variante C

la ley del Estado [que esté más estrechamente vinculado al banco depositario] en el que obre la cuenta.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: La variante C se añadió por solicitud del Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/574, párrafo 80). Está basada en la presunción de que una cuenta bancaria se puede ubicar fácilmente (por ejemplo, mediante un número de cuenta bancaria internacional que contenga el número de cuenta y el código del banco en que obre la cuenta.*]

140. [Si el Estado en que está situado el otorgante reconoce la inscripción registral como método para que las garantías reales sobre cuentas bancarias surtan efecto frente a terceros, la ley de ese Estado determinará la validez adquirida por ese método.]

[*Nota para el Grupo de Trabajo: La recomendación 140 figura entre corchetes por solicitud del Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/574, párrafo 80). Esta recomendación complementaría la recomendación 139 (independientemente de la variante que se apruebe) con objeto de disponer que, si el Estado en que está situado el otorgante reconoce la inscripción registral como método para validar esa clase de garantías reales, la eficacia de toda garantía real sobre una cuenta bancaria que adquiera validez por ese método se regiría por la ley de ese Estado. En caso de aprobarse esta sugerencia, en esas circunstancias un acreedor garantizado podrá inscribir una garantía real sobre una cuenta bancaria en el mismo Estado en que pueda inscribir una garantía real sobre otros bienes inmateriales. La recomendación 140 será aplicable únicamente a la eficacia frente a terceros adquirida mediante inscripción registral. Si ésta se adquiriera por control o por cualquier otro método, regiría la ley designada en la recomendación 139 (según la recomendación 63 del documento A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.1, toda garantía real sobre una cuenta bancaria que surta efecto frente a terceros mediante control tendrá prelación frente a las que surtan efecto mediante inscripción registral).*]

Producto

141. El régimen dispondrá que:

a) La constitución de toda garantía real sobre el producto de un bien se rija por la ley que regule la constitución de la garantía real sobre el bien originalmente gravado del cual derive el producto; y

b) La eficacia frente a terceros de toda garantía real sobre el producto de un bien y su prelación sobre los derechos de otras partes reclamantes se rijan por la misma ley que regule las de la garantía real constituida sobre los bienes originalmente gravados del mismo tipo que el producto.

Mercancías en tránsito y mercancías de exportación

142. El régimen dispondrá que toda garantía real sobre bienes corporales (que no sean títulos negociables ni documentos negociables) que estén en tránsito o que se vayan a exportar del Estado en que se encuentren en el momento de constituirse la garantía real también pueda constituirse y hacerse valer frente a terceros con arreglo a las leyes del Estado de destino final, siempre y cuando los bienes lleguen a ese Estado dentro de un breve plazo establecido, a contar desde el momento en que se constituya la garantía.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Las recomendaciones sobre las mercancías en tránsito y las mercancías de exportación se fusionaron porque en ellas se preveía la aplicación de la misma ley. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si la recomendación 142 sería aplicable o no a todos los tipos de "bienes corporales", expresión definida en la Guía que abarca los títulos negociables y los documentos negociables.*]

Significado de "ubicación" del otorgante

143. El régimen dispondrá que, a efectos de las recomendaciones del presente capítulo, el otorgante estará situado en el Estado en que se encuentre su establecimiento. Si está establecido en más de un Estado, su establecimiento será aquel en que ejerza la administración general. Si no tiene un establecimiento, se hará referencia a su residencia habitual.

Momento aplicable al determinar la ubicación

144. El régimen dispondrá que, cuando en las recomendaciones del presente capítulo se mencione la ubicación de los bienes o del otorgante, se interprete que se hace referencia, a efectos de las cuestiones relacionadas con la constitución de la garantía real, al lugar en que se encontraban los bienes en el momento de constituirse la garantía real y, a efectos de las cuestiones relativas a la eficacia frente a terceros y la prelación, al lugar en que se encontraban los bienes en el momento de plantearse la cuestión.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Con arreglo a la recomendación 144, si cambia la ubicación de los bienes o del otorgante (según el caso) después de haberse constituido la garantía real, su eficacia frente a terceros y su prelación se regirán por las leyes del Estado en que estén situados actualmente los bienes o el otorgante, aun cuando todos los créditos concurrentes también se hayan creado antes de la reubicación. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de introducir una excepción en virtud de la cual las controversias en torno al orden de prelación sigan rigiéndose por las leyes del lugar original, siempre y cuando el acreedor garantizado haya adoptado todas las medidas necesarias con arreglo a esas leyes para hacer valer su garantía frente a terceros.*]

Continuación de la eficacia frente a terceros tras el cambio de ubicación

145. El régimen dispondrá que cuando una garantía real surta efecto frente a terceros con arreglo a las leyes de un Estado que no sea el Estado promulgante, y los bienes gravados o el otorgante (según proceda conforme a las recomendaciones del presente capítulo) pasen a estar situados en el Estado promulgante, la garantía siga surtiendo efecto frente a terceros en virtud de las leyes del Estado promulgante durante un período de [por determinar] días después de que los bienes gravados o el otorgante (según proceda conforme a las recomendaciones del presente capítulo) hayan cambiado de lugar. Si los requisitos establecidos por el Estado promulgante para validar la garantía real se cumplen antes de la expiración de ese plazo, la garantía seguirá surtiendo efecto posteriormente en virtud de las leyes del Estado promulgante.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Con objeto de aclarar la aplicación de la recomendación 145 en el contexto de una controversia en materia de prelación, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de añadir el siguiente texto al final de la recomendación 145: "y, al determinar el orden de prelación en virtud de las leyes del Estado promulgante, a efectos de toda norma para la que sea pertinente el momento de efectuar la inscripción registral o de aplicar otro método para validar la garantía frente a terceros, se tendrá en cuenta el momento en que ese hecho haya ocurrido con arreglo a las leyes del otro Estado."*]

Remisión

146. El régimen dispondrá que, cuando se haga referencia a que determinada cuestión se rige por "la ley" de otro Estado, se interprete que se trata de las leyes en vigor en ese Estado que no sean las que regulen el conflicto de leyes.

Ley aplicable a los derechos y obligaciones del otorgante y del acreedor garantizado

147. El régimen dispondrá que los derechos y obligaciones recíprocos del otorgante y del acreedor garantizado [con respecto a la garantía real] derivados del acuerdo de garantía [o establecidos por la ley] se rijan por la ley que hayan elegido [y, si no hubieran elegido la ley aplicable, por la ley que regule el acuerdo de garantía] [del Estado en que esté situado el otorgante en el momento de constituirse la garantía real].

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee observar que se propone introducir tres cambios en la recomendación 147, que está basada en el artículo 28 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos. La expresión "con respecto a la garantía real" vincula el ámbito de aplicación de esa disposición al tema de la Guía haciendo que la norma sea aplicable a los derechos y obligaciones de las partes en relación con la garantía real. Se añade la expresión "establecidos por la ley" para que la norma sea aplicable a los derechos y obligaciones relativos a la garantía que, si bien se originan al constituirse ésta (y en ese sentido tienen su origen en el acuerdo de garantía), están reconocidos por la ley en el sentido de que no se estipulan expresamente en el acuerdo ni están implícitos en él, sino que forman parte de la garantía de pleno derecho. Si no se añade esa expresión, la Guía carecerá de una norma sobre conflicto de leyes para determinar la ley del Estado que regule esa*

clase de derechos y obligaciones. Un ejemplo sería la índole y el alcance de la obligación de la parte garantizada de velar por el bien constituido en garantía mientras esté en posesión de él, obligación esta que no emana directamente del acuerdo de garantía, sino que forma parte de la garantía de pleno derecho. En cuanto a la regla supletoria que regiría si las partes no hubieran elegido la ley aplicable, la recomendación 147 presenta tres variantes. La primera es no establecer regla supletoria alguna, partiendo de la base de que no sería necesaria porque en la mayoría de los casos las partes en las operaciones garantizadas estipularían una cláusula sobre la elección de la ley aplicable en sus acuerdos. La segunda variante sería equiparar la ley aplicable a los derechos y obligaciones de las partes con la ley aplicable a los derechos y obligaciones puramente contractuales, criterio que muy probablemente estaría en consonancia con las expectativas de las partes. En la tercera se hace referencia a la ubicación del otorgante (que podría o no ser el factor vinculante en la segunda variante). Esta tercera variante al parecer crea más certidumbre, si bien podría dar lugar a que los derechos y obligaciones de las partes que aborda la recomendación 147 y los derechos y obligaciones puramente contractuales de las partes se rigieran por diferentes leyes.]

Ley aplicable a los derechos y obligaciones del deudor de una cuenta y del cesionario

148. El régimen dispondrá que las relaciones entre el deudor de una cuenta y el cesionario de un crédito por cobrar y entre el beneficiario de una transferencia y la persona obligada por un título negociable, las condiciones en que pueda oponerse la cesión de un crédito por cobrar al deudor de una cuenta o a la persona obligada por un título negociable y la determinación del cumplimiento de las obligaciones de esas personas se rijan por la ley que regule el crédito por cobrar o el título negociable.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Esta recomendación tiene por objeto evitar que se interprete que la recomendación 149, relativa a la ley que regula la ejecución de la garantía frente al otorgante, determina la ley que regula la ejecución de la cesión de un crédito por cobrar por el acreedor garantizado frente al deudor de una cuenta (o frente a la persona obligada por un título negociable). No obstante, la recomendación 148, que está basada en el artículo 29 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, es aplicable a toda la relación entre el deudor de una cuenta en el caso de la cesión de un crédito por cobrar o la persona obligada por un título negociable, y el acreedor garantizado, incluida la ejecución, aunque sin limitarse a ella.*]

Cuestiones relacionadas con la ejecución

149. El régimen dispondrá que:

Variante A

Las cuestiones que afecten a la ejecución de una garantía real al margen de todo procedimiento de insolvencia se rijan por la ley del Estado en que tenga lugar la ejecución.

Variante B

Las cuestiones que afecten a la ejecución de una garantía real al margen de todo procedimiento de insolvencia se rijan por la ley que regule el acuerdo de garantía [determinada de conformidad con la recomendación 147]. Sin embargo:

a) Un acreedor garantizado podrá tomar posesión de los bienes corporales gravados sin el consentimiento de la persona que esté en posesión de ellos únicamente con arreglo a la ley del Estado en que se encuentren esos bienes en el momento en que el acreedor garantizado tome posesión de ellos;

b) Un tribunal del foro podrá aplicar las normas de derecho interno que, independientemente de las reglas sobre conflicto de leyes, deban aplicarse incluso a situaciones internacionales; y

c) La aplicación de la ley determinada con arreglo a la primera oración de esta recomendación solo podrá ser denegada por el tribunal del foro si sus efectos fueran manifiestamente contrarios al orden público del Estado del foro.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Los apartados b) y c) se derivan del artículo 11 del Convenio de La Haya. El apartado c) se remite únicamente a la primera oración de esta recomendación y no al apartado a), ya que las partes en el acuerdo de garantía y los terceros en el Estado en que estén situados los bienes gravados siempre podrán invocar la ley del lugar en que se vuelva a tomar posesión de los bienes y estarán amparados por ella, es decir, la* lex fori *no podrá excluir la* lex situs.]

Repercusiones de la insolvencia en las normas sobre conflicto de leyes

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Véanse la recomendación K y la nota correspondiente de la presente Guía en relación con la insolvencia (A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.3), cuyos textos son los siguientes: "El régimen deberá especificar que, no obstante la apertura de un procedimiento de insolvencia, la creación, eficacia frente a terceros, prelación y ejecución de un derecho garantizado se regirán por la ley que se aplicaría en caso de no existir el procedimiento de insolvencia. Esta recomendación no afecta a la aplicación de ninguna norma relativa a la insolvencia, incluidas las relacionadas con la anulación, prelación o ejecución de derechos garantizados.*

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Véanse también las recomendaciones 30 y 31 de la Guía sobre la Insolvencia. En el comentario se aclararán las relaciones existentes entre esta recomendación y las recomendaciones 30 y 31 de la Guía sobre la Insolvencia. También se explicará que esta recomendación se refiere a normas procesales, sustantivas, jurisdiccionales y otras.*]"]

Estados con diversas unidades territoriales

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si es necesario añadir una recomendación a efectos de prever la aplicación de las recomendaciones del presente capítulo en los Estados que tengan más de una unidad territorial.*]

XII. Transición

Finalidad

La finalidad de las disposiciones relativas a la transición es lograr una transición justa y eficiente entre el régimen aplicable antes y después de la promulgación de la ley.

Fecha de entrada en vigor

150. En la ley se especificará una fecha posterior a su promulgación para su entrada en vigor (la "fecha de entrada en vigor"), o un mecanismo para determinar esa fecha, teniendo en cuenta:

a) Las repercusiones que pueda tener la fecha de entrada en vigor en las decisiones sobre la concesión de crédito y, en particular, en la obtención de los máximos beneficios que pueda aportar la ley;

b) Las disposiciones reglamentarias, institucionales, educativas y de otra índole que pudieran ser necesarias o las mejoras de la infraestructura que deberá hacer el Estado, la legislación preexistente y demás infraestructura;

c) La armonización de la ley con otra legislación;

d) El contenido de las normas constitucionales que regulen las operaciones efectuadas antes de la fecha de entrada en vigor de la ley y las pautas o prácticas más conveniente para la entrada en vigor de la legislación (por ejemplo, el primer día del mes); y

e) La necesidad de dar a las personas afectadas tiempo suficiente a fin de prepararse para la entrada en vigor de la ley.

Período de transición

151. El régimen determinará un plazo después de la fecha de entrada en vigor ("el período de transición") durante el cual los acreedores que en virtud del régimen anterior tengan garantías reales eficaces frente al otorgante y a terceros puedan adoptar medidas para cerciorarse de que esas garantías seguirán surtiendo efecto frente al otorgante y a los terceros en virtud de la nueva ley. Cuando esas medidas se adopten durante el período de transición, el régimen dispondrá que no habrá solución de continuidad en la eficacia de los derechos del acreedor frente a esas partes.

Prelación

152. El régimen dispondrá normas claras para determinar:

a) La ley que regirá el orden de prelación entre las garantías reales constituidas después de la fecha de entrada en vigor;

b) La ley que regirá el orden de prelación entre las garantías reales constituidas antes de la fecha de entrada en vigor; y

c) La ley que regirá el orden de prelación entre las garantías reales constituidas antes de la fecha de entrada en vigor y las constituidas después de esa fecha.

153. El régimen dispondrá que el orden de prelación entre las garantías reales constituidas después de la fecha de entrada en vigor de la ley se rija por ésta.

154. El régimen dispondrá que, en general, el orden de prelación entre las garantías reales constituidas antes de la fecha de entrada en vigor se rija por el régimen anterior. No obstante, también dispondrá que solo pueda aplicarse la legislación anterior si, después de la fecha de entrada en vigor, no se produce ningún hecho que hubiese cambiado el orden de prelación en virtud del régimen anterior. De producirse un hecho de esa índole, el régimen determinará el orden de prelación.

155. Con respecto al orden de prelación entre las garantías constituidas antes de la fecha de entrada en vigor y las constituidas posteriormente, el régimen dispondrá que será aplicable siempre y cuando el titular de una garantía anterior a esa fecha pueda obtener prelación durante el período de transición adoptando las medidas necesarias previstas en sus disposiciones. Durante el período de transición, la prelación de la garantía real constituida antes de la entrada en vigor de la ley debería mantenerse como si ésta no hubiese entrado en vigor. Si durante el período de transición se adoptan las medidas oportunas, el titular de la garantía real constituida antes de la fecha de entrada en vigor de la ley gozará del mismo grado de prelación que habría tenido si ésta hubiera estado en vigor en el momento de realizarse la operación original y las medidas se hubieran adoptado en ese momento.

156. Cuando una controversia esté en litigio (o sometida a un sistema comparable de solución de controversias) o el acreedor garantizado haya tomado medidas para hacer valer sus derechos en la fecha de entrada en vigor, el régimen dispondrá que no será aplicable a los derechos y obligaciones de las partes.

157. El régimen abordará la cuestión de la transición entre un régimen en el que no se exija la inscripción registral y un régimen en el que ésta sea una condición para garantizar la eficacia de las garantías reales frente a terceros.

158. El régimen garantizará que la transición no ocasione más gastos que el costo nominal de la inscripción registral.

C. Nota de la Secretaría sobre el proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, presentada al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su octavo período de sesiones

(A/CN.9/WG.VI/WP.22 y Add.1) [Original: inglés]

Antecedentes

1. En su 33º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión examinó un informe del Secretario General sobre la posible labor futura en materia de operaciones de crédito financiero garantizado (véase A/CN.9/475). En ese período de sesiones, la Comisión convino en que las garantías reales eran un tema importante que se había señalado a la Comisión en el momento oportuno, habida cuenta en particular de la estrecha relación que guardaba con la labor relativa al régimen de la insolvencia que realizaba la Comisión. La opinión generalizada era que toda legislación moderna sobre las operaciones de crédito garantizado podía tener notables repercusiones en la oferta y en el costo del crédito financiero y, por lo tanto, en el comercio internacional. También se opinó en general que esa legislación podía reducir las desigualdades entre las empresas de países desarrollados y las de países en desarrollo a la hora de obtener crédito a bajo costo y de percibir los beneficios del comercio internacional. No obstante, se advirtió al respecto que esas leyes, a fin de ser aceptables para los Estados, tenían que prever un trato equilibrado entre los acreedores privilegiados, los acreedores respaldados por garantías y los acreedores ordinarios. Se señaló también que, habida cuenta de la diversidad de las prácticas de cada Estado, sería aconsejable adoptar un planteamiento flexible y elaborar una serie de principios en forma de guía, y no de ley modelo. Por otra parte, a fin de que la reforma legislativa aportara beneficios óptimos, entre ellos los de prevenir crisis financieras, reducir la pobreza y facilitar la financiación de la deuda, fomentando así el crecimiento económico, convendría coordinar la labor que se realizara en materia de garantías reales con la que ya venía efectuándose sobre el régimen de la insolvencia[5].

2. En su 34º período de sesiones, celebrado en 2001, la Comisión examinó un nuevo informe de la Secretaría (A/CN.9/496). En ese período de sesiones, la Comisión convino en que debía iniciarse la labor en materia de garantías reales, dado el impacto económico favorable que tendría un régimen moderno del crédito financiero garantizado. Se afirmó que la experiencia había demostrado que las deficiencias en ese ámbito podían tener repercusiones muy negativas en el sistema económico y financiero de un país. Se observó asimismo que el hecho de disponer de un marco legal eficaz y previsible suponía ventajas macroeconómicas tanto a corto como a largo plazo. A corto plazo, concretamente cuando el sector financiero de un país atravesara una crisis, era indispensable contar con un marco jurídico eficaz y previsible, especialmente que estableciera vías de ejecución eficaces de los créditos financieros, a fin de ayudar a los bancos y a otras instituciones financieras a evitar que sus créditos perdieran valor gracias a mecanismos de ejecución rápidos, y para facilitar la reestructuración de empresas adoptando leyes que incentivaran la

[5] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/55/17), párr. 459.

concesión provisional de créditos a tales empresas. A más largo plazo, un marco legal de las garantías reales flexible y eficaz podría ser un instrumento útil para potenciar el crecimiento económico. Efectivamente, sin la posibilidad de obtener créditos de costo asequible, sería imposible fomentar el crecimiento económico, la competitividad y el comercio internacional, pues se impediría que las empresas alcanzaran su máximo nivel de expansión[6].

3. Si bien se expresaron algunas reservas sobre si sería viable esa labor relativa al régimen del crédito financiero garantizado, la Comisión observó que esas reservas no eran compartidas por la mayoría de las delegaciones y procedió a examinar el alcance de dicha labor[7]. Se estimó en general que convendría concentrarse en las garantías reales sobre los bienes que fueran objeto de alguna actividad comercial, incluidos los bienes inventariados. Se convino también en que no se abordaran los valores bursátiles ni los derechos de propiedad intelectual. En cuanto a la propiedad intelectual, se dijo que había menos necesidad de ocuparse de ese tema, dado que planteaba cuestiones sumamente complejas, por lo que toda iniciativa de abordarlas debería coordinarse con otras organizaciones, como la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)[8]. Respecto de la forma que había de darse al texto que se preparara, la Comisión consideró que una ley modelo tal vez resultara un marco demasiado rígido, por lo que tomó nota de las sugerencias que se formularon en favor de un conjunto flexible de principios enmarcados en una guía legislativa en la que se presentarían, de ser posible, disposiciones legales modelo[9].

4. Tras un debate, la Comisión decidió encomendar a un grupo de trabajo la elaboración de "un régimen legal eficiente aplicable a los derechos de garantía sobre bienes que fueran objeto de alguna actividad comercial, incluidos los bienes inventariados, a fin de determinar las cuestiones que cabría regular, como, por ejemplo, la forma del instrumento, los tipos exactos de bienes que podrían darse en garantía ..."[10]. Poniendo de relieve la importancia del tema y la necesidad de mantener consultas con representantes del sector industrial y profesional pertinente, la Comisión recomendó que se celebrara un coloquio de dos o tres días de duración[11].

5. En su primer período de sesiones (Nueva York, 20 a 24 de mayo de 2002), el Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) tuvo a su disposición un primer anteproyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, preparado por la Secretaría (véanse el documento A/CN.9/WG.VI/WP.2 y las adiciones 1 a 12), un informe relativo al Coloquio Internacional CNUDMI-CFA, que tuvo lugar en Viena del 20 al 22 de marzo de 2002 (A/CN.9/WG.VI/WP.3), así como observaciones formuladas por el Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento (A/CN.9/WG.VI/WP.4). En ese período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó los capítulos I a V y X del anteproyecto de guía (A/CN.9/WG.VI/WP.2 y adiciones 1 a 5 y 10), y pidió a la Secretaría que revisara esos capítulos (véase A/CN.9/512, párr. 12). En el mismo período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en la necesidad de que, en colaboración con el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia),

---

[6] *Ibid.*, *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/56/17), párr. 351.
[7] *Ibid.*, párrs. 352 a 354.
[8] *Ibid.*, párrs. 354 a 356.
[9] *Ibid.*, párr. 357.
[10] *Ibid.*, párr. 358.
[11] *Ibid.*, párr. 359.

se tuviera buen cuidado de que todo lo relativo al régimen aplicable a las garantías reales en los procedimientos de insolvencia fuera tratado en consonancia con las conclusiones del Grupo de Trabajo V sobre la esfera de intersección de la labor de dicho Grupo de Trabajo y el Grupo de Trabajo VI (véanse los documentos A/CN.9/512, párrafo 88, y A/CN.9/511, párrafos 126 y 127).

6. En su 35º período de sesiones, celebrado en 2002, la Comisión tuvo a su disposición el informe del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) sobre la labor realizada en su primer período de sesiones (véase A/CN.9/512). La Comisión expresó su reconocimiento al Grupo de Trabajo por los progresos realizados. Predominó la opinión de que esta guía legislativa daba a la Comisión la gran oportunidad de ayudar a los Estados a adoptar legislación moderna sobre las operaciones garantizadas, lo cual constituía, según la opinión general, un requisito necesario, aunque no de por sí suficiente, para fomentar el acceso a crédito a costo asequible; facilitando así el movimiento transfronterizo de bienes y servicios, el desarrollo económico y, en última instancia, las relaciones de amistad entre los países[12].

7. Además, predominó la opinión de que la iniciativa de la Comisión llegaba en el momento más oportuno, pues coincidía con las iniciativas legislativas pertinentes sobre las que se estaba trabajando a nivel nacional e internacional y, además, con la labor que la propia Comisión había decidido emprender sobre el tema del régimen de la insolvencia. A este respecto, la Comisión tomó nota con particular satisfacción de los esfuerzos realizados por el Grupo de Trabajo VI y por el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) para coordinar su labor sobre un tema de interés común como es el del tratamiento de las garantías reales en los procedimientos de insolvencia. Esa coordinación recibió un firme apoyo y, en general, las delegaciones consideraron que tal coordinación era de crucial importancia para dar a los países una orientación general y coherente sobre la forma en que debía regularse la cuestión de las garantías reales en los procedimientos de insolvencia. La Comisión respaldó la sugerencia de que se revisara el capítulo del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas relativo a la insolvencia, teniendo en cuenta los principios fundamentales convenidos por los Grupos de Trabajo V y VI (véanse los documentos A/CN.9/511, párrafos 126 y 127, y A/CN.9/512, párrafo 88). La Comisión destacó la necesidad de seguir coordinando la labor común y pidió a la secretaría que estudiara la posibilidad de organizar, en diciembre de 2002, un período de sesiones conjunto de los dos Grupos de Trabajo[13].

8. Tras un debate, la Comisión confirmó el mandato que en su 34º período de sesiones había encomendado al Grupo de Trabajo, consistente en elaborar un régimen legal eficiente para los derechos de garantía sobre bienes, incluidos los bienes inventariados. La Comisión reiteró asimismo la necesidad de que el mandato del Grupo de Trabajo se interpretara con criterios amplios a fin de que el texto que se adoptara al final del proceso, que debería revestir la forma de guía legislativa, fuera suficientemente flexible[14].

---

[12] *Ibid.*, *quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/57/17), párr. 202.
[13] *Ibid.*, párr. 203.
[14] *Ibid.*, párr. 204.

9. En su segundo período de sesiones, celebrado en Viena del 17 al 20 de diciembre de 2002, el Grupo de Trabajo examinó los capítulos VI, VII y IX (A/CN.9/WG.VI/WP.2 y adiciones 6, 7 y 9) del primer anteproyecto de guía sobre las operaciones garantizadas, preparado por la Secretaría. En ese período de sesiones, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara versiones revisadas de los capítulos tratados (véase el documento A/CN.9/531, párr. 15). Con ocasión de ese período de sesiones y conforme se había sugerido en el primer período de sesiones del Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/512, párr. 65), se hizo una presentación oficiosa de los sistemas de inscripción registral de las garantías reales constituidas sobre bienes muebles en Noruega y Nueva Zelandia. Justo antes de este período de sesiones, los Grupos de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) y VI (Garantías Reales) celebraron su primer período de sesiones conjunto (Viena, 16 y 17 de diciembre de 2002), durante el cual se examinó la versión revisada del antiguo capítulo X (ahora capítulo IX del anteproyecto de guía; véase A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5) relativo a la insolvencia. En ese período de sesiones, se pidió a la Secretaría que preparara una versión revisada de dicho capítulo (véase A/CN.9/535, párr. 8).

10. En su tercer período de sesiones, celebrado en Nueva York del 3 al 7 de marzo de 2003, el Grupo de Trabajo examinó los capítulos VIII, XI y XII del primer anteproyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, así como los capítulos II y III de la segunda versión del proyecto de guía (A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.8, A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.11, A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.12, A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.2 y A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3), y pidió a la Secretaría que preparara versiones revisadas (véase A/CN.9/532, párr. 13). Con ocasión de ese período de sesiones, se realizó una presentación oficiosa de la ley sobre las operaciones de crédito financiero garantizado que acababa de ultimarse en la República Eslovaca y que fue respaldada por el Banco Mundial y por el Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento (BERF).

11. En su 36º período de sesiones, celebrado en 2003, la Comisión tuvo a su disposición los informes del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) sobre la labor realizada en sus períodos de sesiones segundo y tercero (A/CN.9/531 y A/CN.9/532), así como el informe sobre el primer período de sesiones conjunto celebrado por los Grupos de Trabajo V y VI (A/CN.9/535). La Comisión elogió los progresos realizados por el Grupo de Trabajo VI y expresó asimismo su reconocimiento al Grupo de Trabajo V y al Grupo de Trabajo VI por la forma en que habían coordinado su labor sobre el régimen aplicable a las garantías reales en los procedimientos de insolvencia. Además, la Comisión tomó nota con agradecimiento de la presentación de sistemas modernos de inscripción registral de garantías reales sobre bienes muebles, así como del plan de la Secretaría de preparar un documento en que se examinaran los problemas técnicos que planteaba la inscripción de dichas garantías reales en registros[15].

12. Además, la Comisión subrayó la importancia de estrechar la coordinación con las organizaciones interesadas y especializadas en el régimen aplicable a las operaciones garantizadas, como el Instituto UNIDROIT, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, el BERF y el Banco Asiático de Desarrollo. Se hizo referencia a la

[15] *Ibid.*, *quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/58/17), párr. 217.

labor que actualmente realizaba el UNIDROIT acerca del tema de las garantías reales constituidas sobre valores bursátiles, y a los principios y líneas rectoras del Banco Mundial para sistemas eficientes de insolvencia y de derechos de los acreedores, en la medida en que se referían a las operaciones garantizadas, así como a la Ley Modelo sobre Operaciones Garantizadas y los principios del BERF, a la guía del Banco Asiático de Desarrollo sobre la inscripción registral de bienes muebles, y a la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias de 2002, preparada por la Organización de los Estados Americanos. También se hizo referencia a la necesidad de coordinar el capítulo del proyecto de la guía legislativa sobre las operaciones garantizadas relativo a los conflictos de leyes con la labor de la Conferencia de La Haya, en particular en lo referente al derecho aplicable a la ejecución de derechos reales de garantía en caso de insolvencia[16].

13. Con respecto al alcance de la labor del Grupo de Trabajo VI, la Comisión tomó nota de las sugerencias de que el Grupo se ocupara, además de los bienes (y de las existencias inventariadas), de los créditos por cobrar, las cartas de crédito, las cuentas de depósito y los derechos de propiedad intelectual, dada la importancia económica que revestían como garantías para respaldar un crédito. En cuanto al contenido del proyecto de guía legislativa, la Comisión tomó nota de las observaciones conforme a las cuales, si bien en el proyecto de guía debían analizarse distintos planteamientos viables, convendría también que contuviera recomendaciones legislativas y que, en caso de que debieran redactarse variantes de las recomendaciones, se estudiaran también las ventajas relativas de cada variante, en particular para los países en desarrollo y los países con economías en transición[17].

14. Tras deliberar, la Comisión confirmó el mandato encomendado, en el 34º período de sesiones, al Grupo de Trabajo VI, consistente en elaborar un régimen legal eficiente para los derechos de garantía constituidos sobre bienes, incluidos los bienes inventariados, y confirmó asimismo la decisión que había adoptado en su 35º período de sesiones de que ese mandato se interpretara con criterios amplios con miras a lograr que el resultado de la labor del Grupo de Trabajo culminara con la adopción de un instrumento adecuado, que debería presentarse en forma de guía legislativa. La Comisión confirmó asimismo que quedaba al arbitrio del Grupo de Trabajo considerar el alcance exacto de su labor y, en concreto, decidir si en el proyecto de guía legislativa deberían tratarse también los créditos por cobrar, las cartas de crédito, las cuentas de depósito y los derechos de propiedad intelectual e industrial[18].

15. En su cuarto período de sesiones, celebrado en Viena del 8 al 12 de septiembre de 2003, el Grupo de Trabajo examinó los capítulos I (Introducción), II (Objetivos clave), IV (Constitución de garantías reales) y IX (Insolvencia), así como los párrafos 1 a 41 del capítulo VII (Prelación), y pidió a la Secretaría que preparara las versiones revisadas de esos capítulos (véase A/CN.9/543, párr. 15).

16. En su quinto período de sesiones, celebrado en Nueva York del 22 al 25 de marzo de 2004, el Grupo de Trabajo examinó el resumen y las recomendaciones de los capítulos V (Publicidad), VI (Prelación) y X (Conflictos de leyes), y pidió

[16] *Ibid.*, párr. 218.
[17] *Ibid.*, párrs. 220 y 221.
[18] *Ibid.*, párr. 222.

a la Secretaría que preparara versiones revisadas de esos capítulos (véase el documento A/CN.9/549, párr. 16).

17. En su segundo período de sesiones conjunto (celebrado en Nueva York los días 26 y 29 de marzo de 2004), los Grupos de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) y VI (Garantías Reales) examinaron el régimen aplicable a las garantías reales en el proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia tomando como base el documento A/CN.9/WG.V/WP.71 (véase el documento A/CN.9/550, párr. 11).

18. En su 37º período de sesiones, celebrado en 2004, la Comisión tuvo a su disposición los informes del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) sobre la labor de sus períodos de sesiones cuarto y quinto (A/CN.9/543 y A/CN.9/549), así como el informe del segundo período de sesiones conjunto de los Grupos de Trabajo V y VI (A/CN.9/550). La Comisión elogió al Grupo de Trabajo por los progresos que había realizado hasta la fecha y expresó su reconocimiento a los Grupos de Trabajo V y VI por los progresos que habían realizado en su segundo período de sesiones conjunto, durante el cual habían examinado cuestiones pendientes de interés común[19].

19. Además, la Comisión tomó nota con agradecimiento de los progresos realizados por el Grupo de Trabajo en la coordinación de su labor sobre los conflictos de leyes con la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, y, concretamente, de los planes para celebrar una reunión conjunta de expertos. Asimismo, la Comisión encomió los esfuerzos del Grupo de Trabajo por coordinar también su labor con la del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), el cual preparaba un texto relativo a la constitución de garantías reales sobre títulos bursátiles. La Comisión expresó asimismo su reconocimiento por la coordinación mantenida con el Banco Mundial, que estaba preparando principios y líneas rectoras para sistemas eficientes de insolvencia y de derechos de los acreedores y, en particular, por el acuerdo en virtud del cual el texto del Banco Mundial formaría, junto con el proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, una única norma internacional[20].

20. La Comisión tomó nota con interés de que a principios de 2005 ya podría estar lista una serie preliminar unificada de recomendaciones. La Comisión también acogió con beneplácito el hecho de que se prepararan capítulos suplementarios sobre diversos tipos de bienes, como los títulos negociables, las cuentas bancarias, las cartas de crédito y los derechos de propiedad intelectual. A este respecto, si bien se reconoció en general la importancia de estos tipos de bienes, se estimó que no sería conveniente incluirlos en el proyecto de guía si con ello se tardaba más tiempo en realizar la labor relativa a los bienes fundamentales que entran en el ámbito del proyecto de guía (por ejemplo, los bienes, incluidos los bienes inventariados, y los créditos por cobrar)[21].

21. Tras deliberar, la Comisión confirmó el mandato que había encomendado, en su 34º período de sesiones, al Grupo de Trabajo VI, y que ya había confirmado en sus períodos de sesiones 35º y 36º. La Comisión pidió asimismo al Grupo de

---

[19] *Ibid.*, *quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/59/17), párr. 75.
[20] *Ibid.*, párr. 76.
[21] *Ibid.*, párr. 77.

Trabajo que agilizara su labor, a fin de que el proyecto de guía pudiera serle presentado lo antes posible, cabía tal vez esperar que en 2006, para su aprobación final[22].

22. En su sexto período de sesiones (Viena, 27 de septiembre a 1 de octubre de 2004) el Grupo de Trabajo examinó los capítulos I y II (Introducción y objetivos clave), III (Prácticas básicas en materia de garantías reales), IV (Constitución de garantías reales), V (Validez frente a terceros), VII (Derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento), VIII (Incumplimiento y vía ejecutoria), X (Conflicto de leyes) y XI (Cuestiones de transición), y pidió a la Secretaría que revisara esos capítulos a efectos de recoger las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/570, párr. 8). En dicho período de sesiones, el Grupo de Trabajo tomó nota con reconocimiento de que el capítulo de la Guía relativo al conflicto de leyes se preparaba en estrecha colaboración con la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (A/CN.9/570, párr. 75).

23. En su séptimo período de sesiones (Nueva York, 24 a 28 de enero de 2005), el Grupo de Trabajo examinó los capítulos X (Conflicto de leyes), XII (Mecanismos de financiación de las compras) y XVI (Garantías reales sobre cuentas bancarias) y pidió a la Secretaría que revisara estos capítulos teniendo en cuenta las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo (véase el documento A/CN.9/574, párr. 8).

---

[22] *Ibid.*, párr. 78.

A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1

Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

ADICIÓN

ÍNDICE

		Párrafos
	Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas	1-48
I.	Introducción	1-36
	A. Finalidad	1-8
	B. Alcance	9-20
	C. Terminología	21
	D. Ejemplos de prácticas financieras que abarca la Guía	22-32
	1. Financiación de la adquisición de existencias y bienes de equipo	23-28
	2. Financiación de préstamos renovables con garantía sobre las existencias y los créditos por cobrar	29-31
	3. Financiación a plazo	32-34
	4. Transferencia de la titularidad con fines de garantía	35
	5. Operaciones de venta con arriendo sucesivo del bien al vendedor	36
II.	Objetivos clave de todo régimen eficaz y eficiente de las operaciones garantizadas	37-48
	A. Fomentar la concesión de créditos garantizados	38
	B. Ofrecer la posibilidad de aprovechar al máximo el valor de los bienes para respaldar el crédito en una amplia variedad de operaciones crediticias	39
	C. Facilitar la obtención de garantías reales de manera sencilla y eficiente	40
	D. Reconocer la autonomía contractual de las partes	41
	E. Tratar por igual a las diversas fuentes de financiación	42
	F. Reconocer la validez de las garantías reales sin desplazamiento	43
	G. Fomentar un comportamiento responsable de todas las partes reforzando la previsibilidad y la transparencia	44
	H. Establecer un orden de prelación claro y previsible	45
	I. Facilitar la ejecución de la garantía del acreedor de forma previsible y eficiente	46
	J. Compaginar los intereses de las personas afectadas	47
	K. Armonizar los regímenes de las operaciones garantizadas, incluidas las normas sobre conflicto de leyes	48

I. Introducción

A. Finalidad

1. La finalidad de la presente Guía es prestar asistencia a los Estados en la elaboración de un régimen moderno de las operaciones garantizadas con objeto de promover la oferta de crédito garantizado a un costo asequible. La Guía tiene por objeto ofrecer una ayuda a los Estados que aún no dispongan de un régimen eficiente y eficaz de las operaciones garantizadas, así como a los que dispongan ya de un régimen operativo pero que deseen revisarlo o modernizarlo, o simplemente armonizar o coordinar sus propias leyes con las de otros Estados.

2. La Guía se basa en la premisa de que todo régimen racional de las operaciones garantizadas puede aportar notables beneficios económicos a los Estados que lo adopten, concretamente atrayendo fondos de prestamistas nacionales y extranjeros y de otras entidades crediticias, fomentando así la creación y la expansión de empresas nacionales (en especial, de las pequeñas y medianas empresas) y, en general, incrementando el comercio. Tal legislación puede también beneficiar a los consumidores, al contribuir a abaratar el costo de los bienes y servicios y a facilitar la concesión de créditos al consumidor con tipos de interés asequibles. Para ser eficaz, un régimen de las operaciones garantizadas debe estar respaldado por un sistema judicial y otros mecanismos coercitivos eficaces y eficientes, así como por un régimen de la insolvencia en que se respeten los derechos dimanantes del régimen de las operaciones garantizadas (véase la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia).

3. En la Guía se procura superar las disparidades que pueda haber entre los diversos regímenes sugiriendo soluciones pragmáticas y de eficacia probada que puedan ser aceptadas y aplicadas por Estados con diversos tipos de ordenamientos. La Guía tiene por objeto propiciar la formulación de leyes que reporten ventajas económicas prácticas a los Estados que las promulguen. Si bien es posible que los Estados tengan que afrontar gastos previsibles, aunque limitados, para elaborar y aplicar un régimen de las operaciones garantizadas, las experiencias registradas hasta la fecha en numerosos países demuestran que las ventajas que se obtengan a corto y a largo plazo compensarán con creces esos gastos.

4. Todos los negocios, ya se trate de fabricantes o de distribuidores, empresas de servicios o minoristas, necesitan capital de explotación para poder funcionar, crecer y competir con éxito en el mercado. En los estudios realizados por organizaciones como el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (el Banco Mundial), el Fondo Monetario Internacional, el Banco Asiático de Desarrollo y el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD) ha quedado bien demostrado que una de las vías más eficaces para facilitar capital de explotación a las empresas comerciales es la del crédito garantizado.

5. La idoneidad del crédito garantizado radica en que permite a una empresa deudora utilizar el valor de sus propios bienes para reducir el riesgo que asume el acreedor, ofreciéndole con los bienes dados en garantía otro medio para cobrar su crédito en caso de incumplimiento de la obligación garantizada. Al disminuir el riesgo de incumplimiento del pago, aumentan las posibilidades de obtener crédito y disminuye su costo.

6. La adopción de un régimen jurídico que respalde las operaciones de crédito garantizado es un factor decisivo para reducir el riesgo que puedan temer los acreedores y para fomentar la oferta de crédito garantizado. Este está más al alcance de las empresas en los Estados que disponen de una legislación eficaz y eficiente en virtud de la cual los acreedores pueden saber y prever las consecuencias de todo incumplimiento por parte de los deudores. En cambio, el costo del crédito se eleva en los Estados cuyo régimen incierto hace temer riesgos importantes a los acreedores, lo que los lleva a exigir una mayor compensación por evaluar y asumir los riesgos. En algunos Estados que no disponen de un régimen eficiente y eficaz para las operaciones garantizadas, ni de un régimen de la insolvencia en que se reconozcan las garantías reales, las pequeñas y medianas empresas, al igual que los consumidores, se han visto prácticamente privadas de crédito.

7. Fomentar la creación de empresas y su crecimiento adoptando un régimen jurídico que promueva la concesión de crédito garantizado puede contribuir a la prosperidad económica general de un Estado. Así pues, los Estados que carecen de un régimen eficiente y eficaz de las operaciones garantizadas pueden estarse privando de importantes ventajas económicas.

8. A fin de promover con más eficiencia la obtención de crédito garantizado a un costo asequible, en la Guía se sugiere que el régimen de las operaciones garantizadas esté estructurado de manera que permita a las empresas sacar el máximo provecho del valor de sus bienes con miras a obtener crédito. Al respecto, se adoptan dos de los conceptos más importantes para asegurar el éxito de todo régimen de las operaciones garantizadas: el de la prelación y el de la eficacia frente a terceros. El concepto de prelación, que hace posible la existencia simultánea de garantías reales con mayor o menor preferencia sobre un mismo bien, permite a las empresas sacar el máximo provecho del valor de sus bienes al obtener crédito garantizado de más de un acreedor dando los mismos bienes en garantía, con reglas transparentes por las que cada acreedor sepa el grado de prelación que tiene su respectiva garantía. El concepto de eficacia frente a terceros, entendido como sistema que permita, entre otras cosas, inscribir las garantías reales en un registro público, tiene por objeto promover la seguridad jurídica de los acreedores en cuanto al grado de prelación que les corresponde y reducir así los riesgos y costos derivados de las operaciones garantizadas.

B. Alcance

9. La Guía se ocupa de las garantías reales contractuales. No obstante, también hace referencia a las garantías de carácter no contractual, como las que se crean por ley o por resolución judicial, cuando los mismos bienes están sujetos a la vez a garantías contractuales y a garantías no contractuales y el régimen debe regular la prelación relativa que corresponde a cada una de esas garantías (véase A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.1, párrafos 56 a 61 y 82 a 85). La Guía se centra fundamentalmente en los bienes comerciales esenciales (existencias y bienes de equipo) y en los créditos comerciales por cobrar. Sin embargo, en ella se postula que todos los tipos de bienes pueden ser objeto de garantías reales, incluidos los bienes que una empresa tenga en un momento dado y los que vaya a tener en el futuro, y se regulan todos los bienes, tanto los corporales como los inmateriales, salvo los que se excluyen expresamente.

10. Los bienes raíces, los valores bursátiles y los salarios son tipos de bienes objeto de una exclusión categórica. Los bienes raíces (salvo los bienes incorporados, que están comprendidos en el ámbito de la Guía y pueden estar sujetos a garantías reales) se excluyen porque plantean cuestiones diferentes y están regulados por un sistema especial de registro de la titularidad indizado según el bien de que se trate y no según el otorgante. Además, la Guía no aborda las garantías reales constituidas sobre valores bursátiles cuando estos son los bienes gravados originalmente, debido a que la naturaleza de los valores bursátiles y su importancia en el funcionamiento de los mercados financieros plantean una amplia variedad de problemas que merecen un trato jurídico especial. Las cuestiones de derecho sustantivo relativas a las garantías y demás derechos sobre valores bursátiles depositados en poder de un intermediario se abordan en un proyecto de convenio que elabora actualmente el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT). Las cuestiones conexas de derecho internacional privado no se abordan en la presente Guía porque las regula el Convenio sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en poder de un intermediario (La Haya, diciembre de 2002). La Guía se ha estructurado de tal forma que todo Estado que promulgue legislación basada en el régimen previsto en ella pueda, al mismo tiempo, aplicar los textos preparados por el UNIDROIT y por la Conferencia de La Haya, así como los textos pertinentes preparados por la CNUDMI, como la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (Nueva York, diciembre de 2001; en adelante denominada "la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos") y la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si conviene abordar en la Guía las garantías reales sobre los valores bursátiles de tenencia directa, certificados o no. También es posible que desee estudiar la cuestión del régimen aplicable a los valores bursátiles tomados como producto de los tipos de bienes comprendidos en el ámbito de la Guía, es decir, si estarían regulados por su propio régimen especial o por el régimen general de la Guía aplicable al producto. Una cuestión conexa que tal vez desee abordar el Grupo es si el producto de los cobros de promesas independientes estaría regulado solo por las normas especiales de la Guía o también por las normas aplicables al producto en general. La misma cuestión se plantea en lo que respecta a los créditos por cobrar, los títulos negociables, los documentos negociables y las cuentas bancarias.*]

11. La constitución de garantías reales sobre los salarios queda excluida en razón de la política de protección de la vida personal y familiar. Toda otra exclusión basada en objetivos de política contrapuestos debería limitarse en número y alcance, establecerse con claridad y adoptarse únicamente tras sopesar con cuidado sus posibles ventajas frente a la política social y económica en que se inspira el régimen de las operaciones garantizadas, que es la de facilitar la disponibilidad de crédito a un costo asequible.

12. Algunos bienes, como los buques, las aeronaves [y los derechos de propiedad intelectual] están total o parcialmente regulados por regímenes especiales. Las garantías reales constituidas sobre esos bienes no se excluyen, si bien, en caso de contradicción entre el régimen especial y el de las operaciones garantizadas, prevalecerá el régimen especial (por ejemplo, un sistema de registro especial).

13. [En particular, la Guía no aborda cuestiones específicamente relacionadas con las garantías reales constituidas sobre derechos de propiedad intelectual, ni incluye recomendaciones sobre tales temas. Ahora bien, al elaborar su normativa sobre las

operaciones garantizadas, los Estados deberían tener en cuenta la importancia y el valor económico crecientes que tienen los bienes de propiedad intelectual para las empresas que tratan de obtener crédito a un costo asequible. El régimen de las operaciones garantizadas sería aplicable a las garantías reales constituidas sobre derechos de propiedad intelectual, a reserva de las limitaciones enunciadas en el párrafo siguiente.

14. Al adoptar el régimen de las operaciones garantizadas, los Estados deberían tener en cuenta las características particulares de la propiedad intelectual y la legislación nacional aplicable en la materia, así como sus obligaciones a tenor de los tratados, los convenios u otros acuerdos internacionales sobre la propiedad intelectual. En consecuencia, al aplicar las recomendaciones de la Guía, los Estados deberían analizar atentamente las situaciones en que el régimen vigente y las características de la propiedad intelectual sean lo suficientemente singulares como para justificar la adaptación de esas recomendaciones cuando los bienes gravados sean derechos de propiedad intelectual. Si después de examinar el asunto se comprueba que hay una incompatibilidad directa con las leyes del Estado sobre la propiedad intelectual o sus obligaciones con arreglo a los tratados, convenios y demás acuerdos internacionales en la materia, en particular si estos establecen una norma para regular la constitución, la eficacia frente a terceros, la prelación o la ejecución de garantías reales sobre propiedad intelectual, el régimen de las operaciones garantizadas del Estado en cuestión debería especificar que esa incompatibilidad se resolverá haciendo primar, en relación con esas cuestiones, las leyes y obligaciones en materia de propiedad intelectual.]

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez estime conveniente tomar nota de que las referencias a los títulos negociables, los documentos negociables, los derechos de propiedad intelectual y el producto de los cobros de promesas independientes figuran entre corchetes a la espera de su decisión de incluirlos o no en la Guía. Una vez concluidas todas las recomendaciones sustantivas de la Guía, el Grupo de Trabajo tal vez desee armonizar las recomendaciones sobre el ámbito de aplicación con las recomendaciones sustantivas.*]

15. En la Guía se destaca la necesidad de que todo otorgante pueda constituir garantías reales no solo sobre los bienes de que disponga en un momento dado, sino también sobre sus futuros bienes (es decir, los bienes adquiridos o creados después de concertarse el acuerdo de garantía), sin que el otorgante ni el acreedor garantizado deban firmar documentos suplementarios o adoptar nuevas medidas cuando se adquieran o se creen dichos bienes. Este enfoque está en consonancia, por ejemplo, con la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, en la que se prevé la constitución de garantías reales sobre créditos por cobrar futuros sin exigir la adopción de otras medidas. Además, en la Guía se recomienda el reconocimiento de una garantía real sobre todos los bienes existentes y futuros de una empresa otorgante mediante un único acuerdo de garantía como el que ya existe en algunos ordenamientos jurídicos, en forma de “hipoteca sobre la empresa” o una combinación de cargas fijas y flotantes.

16. También se recomienda que pueda garantizarse una amplia variedad de obligaciones, pecuniarias o no, y que toda persona física o jurídica pueda ser parte en una operación garantizada, incluidos los consumidores, a reserva de lo que disponga la legislación de protección del consumidor. Además, se procura abarcar

una amplia variedad de operaciones que cumplen funciones de garantía, entre ellas las relativas a las garantías reales con y sin desplazamiento y las operaciones que no se considera garantizadas (por ejemplo, la retención de la titularidad, el traspaso de la titularidad a efectos de garantía, la cesión de créditos por cobrar con fines de garantía, los arrendamientos financieros, las operaciones de venta y arriendo sucesivo al vendedor y operaciones análogas).

17. El régimen jurídico previsto en la Guía es de carácter puramente nacional. Las recomendaciones formuladas en ella van destinadas a los legisladores nacionales que se propongan reformar el régimen aplicable a las operaciones garantizadas en sus respectivos países. No obstante, dado que a menudo en este tipo de operaciones las partes y los bienes se encuentran en distintos Estados, también se procura regular el reconocimiento de las garantías reales y de los mecanismos de garantía basados en la titularidad efectivamente constituidos en otros Estados, entre ellos el de retención de la titularidad y los arrendamientos financieros. Eso supondría para los titulares de esos derechos una notable mejora respecto de las leyes vigentes en muchos Estados, en virtud de las cuales esos derechos con frecuencia se pierden en cuanto un bien gravado se traslada al territorio de otro Estado, y serviría de gran incentivo a los prestamistas para que otorgaran crédito financiero en operaciones transfronterizas (véase A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.4, párrafos 21 a 25).

18. A lo largo de toda la Guía se procura compaginar los intereses de los deudores con los de los acreedores (ya sean garantizados, privilegiados u ordinarios), los terceros que resulten afectados, los compradores y demás beneficiarios y el Estado. Para aplicar un criterio equilibrado se parte de la premisa de que, como lo demuestra sobradamente la experiencia registrada hasta la fecha, todos los prestamistas aceptarán ese criterio y, en consecuencia, estarán dispuestos a conceder crédito, siempre y cuando las leyes (y la infraestructura jurídica y estatal de la que formen parte) les permitan determinar con un alto grado de seguridad los riesgos que entrañe la operación y puedan confiar en que, en última instancia, les sea posible percibir el valor económico de los bienes gravados. Para lograr ese equilibrio, es indispensable coordinar estrechamente el régimen de las operaciones garantizadas con el régimen de la insolvencia, incluidas las disposiciones que regulen las garantías reales en caso de que una empresa sea objeto de un procedimiento de reorganización o de liquidación. Además, se requieren otras salvaguardias para determinados deudores, por ejemplo, cuando se trate de consumidores. Así pues, si bien el régimen previsto en la Guía regulará muchos tipos de operaciones en las que intervengan consumidores, no se pretende que prevalezca sobre las leyes de protección del consumidor, ni que aborde las políticas en la materia, habida cuenta de que ese asunto no se presta para la unificación.

19. Con el mismo espíritu se abordan las inquietudes expresadas con respecto al crédito garantizado. Una de ellas es que conceder a un acreedor un crédito privilegiado respecto de todos o casi todos los bienes de una persona parecería restar posibilidades a ésta para obtener crédito de otras fuentes. Otro problema es la posibilidad de que un acreedor garantizado ejerza influencia sobre el negocio del otorgante, hasta el punto de que pueda embargar o amenazar con embargar los bienes gravados en caso de incumplimiento. También se ha expresado el temor de que, en caso de insolvencia, el acreedor garantizado se quede con todos los bienes del deudor o con la mayoría de ellos, dejando muy poco para los acreedores

ordinarios, algunos de los cuales no están en condiciones de negociar una garantía real sobre dichos bienes. En la Guía se examinan los inconvenientes planteados y, cuando se considera que esos temores están fundados, se sugieren soluciones.

20. La Guía se inspira en los siguientes instrumentos de la CNUDMI y de otras organizaciones: la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos; la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia; el Convenio relativo a las garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil, aprobado en noviembre de 2001; la Ley Modelo del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD) sobre operaciones garantizadas, concluida en 1994; los principios generales del BERD para un régimen legal moderno de las operaciones garantizadas, concluidos en 1997; el estudio sobre la reforma del régimen legal de las operaciones garantizadas en Asia, preparado por el Banco Asiático de Desarrollo en 2000; la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias, preparada en 2002 por la OEA; y la Ley Uniforme de la Organización para la Armonización de la Legislación Empresarial en África (OHADA) relativa a las garantías reales, preparada en 1997 [...].

C. Terminología

21. En la presente Guía se ha adoptado cierta terminología para expresar los conceptos básicos de todo régimen eficaz de las operaciones garantizadas. Los términos utilizados no se han tomado de ningún ordenamiento jurídico en particular. Aun cuando cierto término resulte ser el mismo que el empleado en una determinada legislación nacional, es posible que no se utilice en el mismo sentido. Se ha adoptado este criterio con objeto de ofrecer al lector un vocabulario y un marco conceptual comunes e impulsar la armonización del régimen de las garantías reales. Por lo tanto, en los siguientes párrafos se enumeran los principales términos y conceptos empleados y se indica el significado básico que tienen en la presente Guía. Ese significado se define con mayor precisión en capítulos subsiguientes, en los que también se definen y utilizan otros términos y conceptos.

a) Por “garantía real” se entenderá un derecho real de origen contractual constituido sobre bienes muebles, independientes o incorporados, por el que se garantice el pago o alguna otra clase de cumplimiento de una o más obligaciones.

b) Por “garantía real de la adquisición” se entenderá un derecho real sobre un bien que garantice la obligación de pagar todo saldo pendiente del precio de compra del bien u otra obligación contraída para que el otorgante pueda adquirir el bien. Las garantías reales de la adquisición abarcan, además de las garantías reales propiamente dichas, los llamados acuerdos de retención de la titularidad y los arrendamientos financieros.

c) Por “obligación garantizada” se entenderá toda obligación cuyo cumplimiento esté asegurado por una garantía real.

d) Por “acreedor garantizado” se entenderá todo acreedor cuyo crédito esté respaldado por una garantía real.

e) Por “deudor” se entenderá la persona a quien corresponda cumplir la obligación garantizada [incluidos los obligados secundarios, por ejemplo, los garantes de una obligación]. El deudor no es necesariamente la persona que constituye la garantía real en beneficio del acreedor (véase “otorgante”).

f) Por “otorgante” se entenderá la persona que constituya una garantía real sobre uno o más de sus bienes en favor de un acreedor con objeto de respaldar su propia obligación o la de otra persona (véase “deudor”).

g) Por “acuerdo de garantía” se entenderá un acuerdo concertado entre un otorgante y un acreedor, cualquiera sea su forma o su terminología, por el que se constituya una garantía real.

h) Por “bien gravado” se entenderá el bien sobre el que se haya constituido una garantía. Los bienes pueden ser corporales o inmateriales. Cada una de estas categorías generales de bienes se subdivide en otras, algunas de las cuales están comprendidas en determinada terminología definida que se utiliza en la Guía.

i) Por “bienes corporales” se entenderá todo tipo de bienes muebles físicos. Entrarán en esta categoría las existencias, los bienes de equipo, los bienes incorporados, los títulos negociables y los documentos negociables.

j) Por “existencias” se entenderá todo bien corporal (exceptuados los títulos negociables y los documentos negociables) almacenado para su venta o arriendo en el curso ordinario de los negocios, así como las materias primas y los bienes semielaborados (en fase de elaboración).

k) Por “bienes de equipo” se entenderá todo bien corporal (exceptuados los títulos negociables, los documentos negociables y las existencias) que una persona haya de utilizar en la explotación de su negocio.

l) Por “bienes inmuebles por destino” se entenderá todo bien corporal (exceptuados los títulos negociables y los documentos negociables) que pueda ser objeto por sí solo de una garantía real, aun cuando esté tan firmemente adherido o incorporado a un bien inmueble que pueda ser considerado un bien inmueble por la legislación del Estado en que se encuentre. Por “bienes incorporados a otros bienes muebles” se entenderá todo bien corporal (exceptuados los títulos negociables y los documentos negociables) que pueda ser objeto por sí solo de una garantía real, aun cuando esté firmemente adherido o incorporado a otro bien mueble, sin perder, sin embargo, su identidad. Por “masa o producto” se entenderá todo bien corporal (exceptuados los títulos negociables y los documentos negociables) que esté tan estrechamente unido a otro que no pueda ser objeto por sí solo de una garantía real.

m) Por “bienes inmateriales” se entenderá todo tipo de bienes muebles que no sean corporales. Entre los bienes inmateriales cabe citar los créditos por cobrar y otras categorías de créditos.

n) Por “crédito” se entenderá todo derecho al cumplimiento de una obligación no monetaria, con excepción de los derechos adquiridos sobre bienes corporales en virtud de un documento negociable.

o) Por “crédito por cobrar” se entenderá todo derecho al cumplimiento de una obligación monetaria, excluidos, sin embargo, los respaldados por un título negociable, la obligación de efectuar un pago en virtud de una promesa

independiente y la obligación de un banco de efectuar un pago con respecto a una cuenta bancaria.

p) Por "cesión" se entenderá la constitución de una garantía real sobre un crédito por cobrar o la transferencia de un crédito por cobrar a fin de garantizar una obligación o como transferencia [absoluta] [pura y simple]. [*Nota para el Grupo de Trabajo: Apartado a) del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.*]

q) Por "cedente" se entenderá la persona que ceda un crédito por cobrar. [*Nota para el Grupo de Trabajo: Apartado a) del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.*]

r) Por "cesionario" se entenderá la persona a quien se ceda un crédito por cobrar. [*Nota para el Grupo de Trabajo: Apartado a) del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.*]

s) Por "cesión subsiguiente" se entenderá toda cesión realizada por el cesionario inicial o por cualquier otro cesionario. En todo supuesto de cesión subsiguiente, la persona que haga la cesión será el cedente y la persona a quien se haga la cesión será el cesionario. [*Nota para el Grupo de Trabajo: Apartado b) del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.*]

t) Por "deudor de una cuenta" se entenderá toda persona a quien corresponda pagar un crédito. [*Nota para el Grupo de Trabajo: Apartado a) del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.*]

u) Por "notificación de la cesión" se entenderá la comunicación escrita en la que se identifiquen suficientemente los créditos que se ceden y el cesionario. [*Nota para el Grupo de Trabajo: Apartado d) del artículo 5 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.*]

v) Por "contrato originario", en el contexto de una cesión, se entenderá el contrato celebrado entre el cedente y el deudor de una cuenta del que nace el crédito cedido. [*Nota para el Grupo de Trabajo: Apartado a) del artículo 5 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.*]

w) Por "título negociable" se entenderá, al margen del régimen de las operaciones garantizadas, todo título en el que se consigne un derecho de pago, por ejemplo, un pagaré o una letra de cambio, que cumpla los requisitos de negociabilidad en virtud del régimen de los títulos negociables.

x) Por "documento negociable" se entenderá, al margen del régimen de las operaciones garantizadas, todo documento en el que se consigne un derecho a la entrega de bienes corporales, por ejemplo, un resguardo de almacén o un conocimiento de embarque, que cumpla los requisitos de negociabilidad en virtud del régimen de los documentos negociables.

y) [Por "promesa independiente" se entenderá, al margen del régimen de las operaciones garantizadas, toda carta de crédito (comercial o contingente), garantía independiente (pagadera a su reclamación o a su primera reclamación, o garantía bancaria) y demás promesas reconocidas como independientes por determinadas leyes o prácticas, entre ellas, la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente, las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios, las Reglas sobre Prácticas Internacionales

en materia de Cartas de Crédito Contingente y las Reglas Uniformes relativas a las garantías pagaderas a su reclamación.

z) Por "producto del cobro de una promesa independiente" se entenderá el derecho del beneficiario-otorgante a recibir un pago realizado, un giro aceptado, una obligación de pago diferido contraída u otro valor entregado por el emisor/garante en cumplimiento de una promesa independiente, o por una persona designada para entregar un valor en cumplimiento de una promesa independiente. La expresión no abarca el derecho del beneficiario-otorgante a cobrar una promesa independiente.

aa) Por "garante/emisor" se entenderá el banco o toda otra persona que otorgue una promesa independiente. El término incluye al banco y a toda otra persona que confirme la promesa independiente ("el confirmante").

bb) Por "persona designada" se entenderá el banco o toda otra persona identificada por su nombre o categoría en una promesa independiente (por ejemplo, "un banco en el país X") que haya sido designada para entregar un valor, es decir, para comprar o pagar una suma contra la presentación de documentos, y que actúe en cumplimiento de esa designación. La expresión abarca a todo confirmante que haya sido designado para confirmar la promesa y lo haga en cumplimiento de esa designación.]

cc) Por "cuenta bancaria" se entenderá, al margen del régimen de las operaciones garantizadas, toda cuenta que obre en un banco y en la cual se puedan depositar fondos. La expresión abarca las cuentas corrientes, las cuentas de ahorro y los depósitos a plazo fijo.

dd) [Por "derecho de propiedad intelectual" se entenderá, al margen del régimen de las operaciones garantizadas, las patentes, las marcas de fábrica, las marcas de servicio, los secretos industriales, los derechos de autor y derechos conexos y los diseños industriales. La expresión también abarca los derechos adquiridos en virtud de las licencias correspondientes.]

ee) Por "producto" se entenderá todo lo que se reciba respecto de los bienes gravados, incluido todo lo que se reciba de resultas de la venta, el arriendo u otro acto de disposición o de cobro de los bienes, así como sus frutos civiles o naturales, los dividendos que reporten, las distribuciones correspondientes, las sumas abonadas por compañías de seguros como indemnización en concepto de daño o pérdida de los bienes y las percibidas por daños civiles o extracontractuales o por realización de alguna garantía contractual. [El término no abarca el producto de los cobros de promesas independientes ni de las categorías de bienes excluidas del ámbito de aplicación de la Guía como bienes originalmente gravados.]

ff) Por "prelación" se entenderá el derecho de una persona a obtener un beneficio económico de su garantía real sobre un bien gravado con preferencia frente a toda otra parte reclamante.

gg) Por "parte reclamante" se entenderá:

i) Otro acreedor respaldado por una garantía sobre el mismo bien gravado (ya sea en calidad de bien originalmente gravado o de producto);

ii) El vendedor o el arrendador financiero del mismo bien gravado que haya conservado la titularidad del bien en virtud de una garantía real de la adquisición;

iii) Otro acreedor del otorgante que haga valer un derecho sobre el mismo bien gravado (por ejemplo, de pleno derecho, por embargo o por algún otro proceso análogo);

iv) El representante de la insolvencia en caso de insolvencia del otorgante, o

v) Todo comprador o beneficiario de una transferencia (incluso un arrendatario o un concesionario) del bien gravado.

hh) Por "control" se entenderá la facultad legal de todo acreedor garantizado para disponer la enajenación de un bien gravado que consista en una cuenta bancaria o en un derecho al producto del cobro de una promesa independiente sin necesidad de que el otorgante dé su consentimiento ni adopte determinadas medidas.

ii) Por "garantía real con desplazamiento" se entenderá toda garantía constituida sobre un bien corporal efectivamente en posesión del acreedor garantizado o de un tercero (que no sea el deudor ni otro otorgante) que retenga el bien en beneficio del acreedor garantizado.

jj) Por "garantía real sin desplazamiento" se entenderá toda garantía constituida sobre: i) bienes corporales que no estén efectivamente en posesión del acreedor garantizado ni de otra persona que los retenga en beneficio de este, o ii) bienes inmateriales.

kk) Por "tribunal de la insolvencia" se entenderá toda autoridad judicial o de otra índole que esté facultada para controlar o supervisar un procedimiento de insolvencia.

ll) Por "masa de la insolvencia" se entenderá todo el conjunto de bienes y derechos del deudor que estén bajo el control o la supervisión del representante de la insolvencia y sujetos al procedimiento de insolvencia.

mm) Por "procedimiento de insolvencia" se entenderá todo procedimiento colectivo, ya sea judicial o administrativo, que se entable a efectos de una reorganización o liquidación de la empresa del deudor y que se lleve a cabo conforme al régimen de la insolvencia.

nn) Por "representante de la insolvencia" se entenderá toda persona o todo órgano encargado de administrar la masa de la insolvencia.

oo) Por "comprador en el curso ordinario de los negocios" se entenderá toda persona que compre existencias, en circunstancias normales para su negocio, a un comerciante de bienes tangibles de esa clase, sin que le conste que con esa venta se viola el derecho de garantía u otros derechos que pueda tener otra persona sobre esos bienes.

D. Ejemplos de prácticas financieras que abarca la Guía

22. En los párrafos siguientes se dan breves ejemplos de los tipos de operaciones de crédito garantizado que la Guía tiene por objeto promover, y a los que se remitirá en todo su texto para ilustrar cuestiones concretas. Estos ejemplos representan solo algunos de los numerosos tipos de operaciones de crédito garantizado que se realizan actualmente, y todo régimen eficaz en la materia debe ser suficientemente

flexible para abarcar tanto las numerosas modalidades actuales de financiación como las que puedan surgir en el futuro.

1. Financiación de la adquisición de existencias y bienes de equipo

23. Con frecuencia las empresas desean obtener crédito para algunas de sus compras de existencias o bienes de equipo. En muchos casos, la financiación de esos bienes corporales (existencias y bienes de equipo) es facilitada por el propio vendedor. En otros, el crédito es concedido por un prestamista, que si bien puede ser un tercero independiente, algunas veces es una filial de la empresa vendedora. El vendedor conserva la titularidad de los bienes corporales adquiridos y el prestamista obtiene una garantía real sobre los bienes, de modo que quede asegurado el reembolso del crédito o préstamo.

24. A continuación se da un ejemplo de "financiación de la adquisición". La fábrica de muebles ABC desea adquirir determinadas existencias y bienes de equipo para utilizarlos en sus actividades de fabricación. ABC desea comprar pintura (que es una materia prima y, por lo tanto, forma parte de las existencias) al vendedor A. También desea comprar taladros fijos (bienes de equipo) al vendedor B y equipo con cinta transportadora al vendedor C. Por último, desea alquilar computadoras al arrendador A.

25. En virtud del contrato de compraventa celebrado con el vendedor A, ABC deberá pagar la pintura dentro de un plazo de 30 días contados a partir de la fecha de la factura del vendedor A y otorga a este una garantía sobre la mercancía para respaldar el pago. En virtud del contrato de compraventa celebrado con el vendedor B, ABC deberá pagar los taladros dentro de un plazo de 10 días contados a partir del momento de la entrega de los instrumentos en la fábrica. Para financiar esa compra, ABC solicita un crédito al prestamista A, respaldado por una garantía real constituida sobre los propios taladros. ABC también tiene una cuenta bancaria en la oficina del prestamista A y ha constituido en su favor una garantía real sobre esa cuenta como respaldo suplementario para el reembolso del crédito.

26. En virtud del contrato de compraventa celebrado con el vendedor C, ABC deberá pagar el equipo de cinta transportadora cuando este quede instalado en su fábrica y esté en condiciones de funcionar. ABC pide un crédito al prestamista B para financiar la compra e instalación del equipo del vendedor C, respaldado a su vez por una garantía real sobre el propio equipo.

27. En virtud del contrato de arrendamiento celebrado con el arrendador A, ABC alquila las computadoras por un período de dos años, durante el cual deberá abonar los pagos mensuales convenidos. ABC tendrá el derecho (aunque no la obligación) de comprar el equipo a un precio nominal al final del plazo del contrato. El arrendador A retendrá la titularidad del equipo durante el período de arrendamiento, pero al expirar el contrato, si ABC decide ejercitar su derecho de compra, se le transferirá la titularidad sobre el equipo. Este tipo de arriendo se suele denominar "arrendamiento financiero". En algunas variantes, al vencer el período de arrendamiento, la titularidad sobre el bien arrendado se transfiere automáticamente al arrendatario. Cabe distinguir entre arrendamiento financiero y lo que se suele denominar "arrendamiento simple" (*operating lease*), en que se espera que el bien arrendado todavía tenga vida útil al final del período de arriendo y no se da al

arrendatario la opción de comprarlo a un precio nominal ni se le transfiere automáticamente la titularidad sobre el bien al término de ese período.

28. En cada uno de los cuatro casos mencionados, la compra de los bienes se hace posible mediante la financiación de la adquisición facilitada por otra persona (el vendedor, un prestamista o un arrendador financiero), a quien se otorgan derechos sobre el bien adquirido con objeto de garantizar el crédito. Cabe observar, como se desprende de los ejemplos, que esta clase de financiación es posible tanto con respecto a la adquisición de existencias como a la de bienes de equipo.

2. Financiación de préstamos renovables con garantía sobre las existencias y los créditos por cobrar

29. Las empresas suelen tener que invertir capital antes de generar o percibir ingresos. Por ejemplo, para que una empresa pueda generar créditos y cobrarlos, normalmente deberá invertir fondos en la adquisición de materia prima con miras a transformarla en bienes acabados y venderlos en el mercado. Según el tipo de empresa de que se trate, este proceso puede llevar varios meses. El fabricante necesitará capital de explotación para sufragar esos gastos hasta que comiencen a fluir los ingresos.

30. Una vía muy eficaz para facilitar capital de explotación es la apertura de una línea de crédito renovable o rotatorio. Con arreglo a este tipo de financiación, para satisfacer sus necesidades de capital de explotación el prestatario solicita préstamos periódicamente garantizando su reembolso con sus existencias y créditos por cobrar actuales y futuros (véase también A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.2, párrafo 12). Por lo general el prestatario solicita préstamos cuando necesita comprar existencias para fabricar productos y reembolsa los préstamos cuando vende las mercancías y cobra su precio de venta. Así pues, los préstamos y los reembolsos son frecuentes (aunque no necesariamente continuos) y el monto del crédito fluctúa constantemente. Como la estructura de los préstamos renovables o rotatorios se ajusta perfectamente al ciclo económico del prestatario (cuyas etapas son la compra de existencias, la fabricación de productos, la venta de estos, la emisión de facturas o créditos por cobrar y el cobro de las mercancías, tras lo cual vuelve a empezar el ciclo), esta estructura suele resultar, desde una perspectiva económica, sumamente eficiente y provechosa para el prestatario y le ayuda a evitar endeudarse más de lo necesario.

31. A continuación se da un ejemplo de este tipo de financiación. La empresa ABC suele tardar cuatro meses en fabricar y vender sus productos y cobrar las facturas. El prestamista B conviene en concederle un crédito renovable rotatorio para financiar los gastos del proceso. Con esa línea de crédito, ABC podrá obtener préstamos periódicamente por un importe total máximo equivalente al 50% del valor de sus existencias que el prestamista B considere aceptable cubrir (basándose, por ejemplo, en criterios como el tipo de existencias y su calidad) y al 80% del valor de sus créditos por cobrar que el prestamista B considere aceptable cubrir (basándose en criterios como la fiabilidad y solvencia de los deudores de ABC). ABC deberá reembolsar estos préstamos periódicamente, a medida que sus clientes le paguen las facturas. Para obtener la línea de crédito, ha dado en garantía sus existencias y créditos por cobrar actuales y futuros. En este tipo de créditos, también es común que el prestamista obtenga una garantía sobre la cuenta bancaria en la que se depositan los pagos de los clientes (es decir, el producto de las existencias y los créditos por cobrar).

3. Financiación a plazo

32. Con frecuencia las empresas necesitan sumas elevadas para financiar gastos extraordinarios como la adquisición de equipo o de una empresa. En estos casos, los empresarios por lo general procuran obtener créditos que puedan reembolsar en un plazo determinado (amortizándolos en cuotas mensuales o trimestrales, con arreglo a un plan convenido, o en un único pago al final del plazo estipulado).

33. Una empresa que no goce de una solvencia crediticia reconocida solo podrá obtener créditos a plazo si otorga garantía reales sobre su patrimonio para respaldar esa financiación. El importe del crédito dependerá, en parte, del valor de liquidación neto que, según los cálculos del acreedor, se pueda obtener de los bienes que se graven. En muchos Estados, especialmente los que no cuentan con un régimen actualizado de las operaciones garantizadas, los bienes inmuebles suelen ser los únicos que se aceptan como garantía para conceder créditos a plazo. Sin embargo, muchas empresas, en particular las de reciente creación, no poseen bienes inmuebles y, por ende, es posible que no se les conceda este tipo de créditos. En otros Estados, en cambio, es corriente obtener financiación a plazo dando en garantía bienes muebles, como los bienes de equipo o, incluso, derechos de propiedad intelectual.

34. A continuación se da un ejemplo de este tipo de financiación. La empresa ABC desea expandirse y adquirir una empresa en el Estado Y. Para financiar esa adquisición solicita un préstamo al prestamista C. El préstamo es reembolsable en cuotas mensuales iguales, pagaderas a lo largo de un período de 10 años. Como garantía del pago se gravan, en beneficio del prestamista, los bienes actuales y futuros de ABC y de la entidad que se está adquiriendo.

4. Transferencia de la titularidad con fines de garantía

35. En los Estados que reconocen una forma de transferencia de la propiedad que no entraña la transferencia de la posesión a efectos de la concesión de créditos, existe un tipo de operación denominada transferencia de la titularidad como garantía (o algunas veces transferencia "fiduciaria" de la titularidad). Esas operaciones constituyen, en principio, garantías reales sin desplazamiento y se utilizan en particular en los Estados cuyo régimen de las operaciones garantizadas todavía no ha reconocido debidamente las garantías reales sin desplazamiento.

5. Operaciones de venta con arriendo sucesivo del bien al vendedor

36. La "operación de venta con arriendo sucesivo del bien al vendedor" es uno de los métodos por los cuales una empresa puede obtener crédito sobre la base de los bienes corporales que posea (generalmente bienes de equipo) conservando la posesión de los bienes y el derecho de utilizarlos para la explotación de su negocio. En esa clase de operaciones la empresa vende sus bienes a otra persona a cambio de una suma determinada (que puede utilizar después como capital de explotación para sufragar gastos de capital o con otros fines). Simultáneamente, la empresa arrienda el equipo vendido a la otra persona durante un plazo y a un precio estipulados en el contrato de arrendamiento. Con frecuencia se trata de un "arrendamiento financiero", y no de un "arrendamiento simple" (en el párrafo 27 *supra* figura la definición de las dos expresiones).

II. Objetivos clave de todo régimen eficaz y eficiente de las operaciones garantizadas

37. Con miras a ofrecer a los legisladores soluciones prácticas y eficaces, en la Guía se ha tratado de estudiar y de formular más explícitamente los objetivos clave que debe tener todo régimen eficaz y eficiente de las operaciones garantizadas y los aspectos fundamentales que debería regular. Esos objetivos y aspectos se exponen a continuación.

A. Fomentar la concesión de créditos garantizados

38. El objetivo primordial y general de la Guía es alentar a los legisladores de los Estados a que, adoptando un régimen de las operaciones garantizadas inspirado en las recomendaciones que en ella se enuncian, faciliten la concesión de créditos garantizados a un costo asequible, contribuyendo así a que el acceso a esos créditos beneficie a los particulares y a la economía del país en general (véase el párrafo 2 *supra*).

B. Ofrecer la posibilidad de aprovechar al máximo el valor de los bienes para respaldar el crédito en una amplia variedad de operaciones crediticias

39. La eficacia del régimen de las operaciones garantizadas dependerá de que se dé a las empresas la posibilidad de aprovechar plenamente el valor inherente a sus bienes con miras a obtener crédito mediante operaciones crediticias muy diversas. Para cumplir este objetivo, en la Guía se insiste en la importancia de formular el régimen en términos muy amplios, concretamente: i) permitiendo gravar una amplia variedad de bienes (entre ellos los bienes actuales y futuros); ii) permitiendo constituir garantías reales para respaldar muy diversas obligaciones (incluidas las obligaciones futuras y condicionadas); y iii) haciendo extensivas las ventajas del régimen a una amplia variedad de deudores, acreedores y operaciones crediticias.

C. Facilitar la obtención de garantías reales de manera sencilla y eficiente

40. El costo del crédito disminuirá si el régimen permite constituir garantías de forma eficiente. Por esa razón, en la Guía se sugieren métodos para racionalizar los procedimientos correspondientes y reducir así los gastos de las operaciones. Con este fin, se propone que se elimine todo trámite innecesario, que se utilice un solo método para la constitución de garantías reales, en vez de prever múltiples mecanismos de garantía para los distintos tipos de bienes gravados, y que se permita constituir garantías reales sobre bienes futuros y efectuar futuros anticipos de crédito sin necesidad de que las partes presenten nuevos documentos ni adopten medidas suplementarias.

D. Reconocer la autonomía contractual de las partes

41. Habida cuenta de que el régimen de las operaciones garantizadas debe brindar máxima flexibilidad y eficacia a largo plazo a fin de abarcar una amplia variedad de operaciones de crédito, incluso las que vayan surgiendo y evolucionando con el tiempo, en la Guía se insiste en la necesidad de reducir al mínimo las normas imperativas con objeto de que las partes puedan adaptar a sus necesidades concretas las operaciones que realicen. Al mismo tiempo, se toma en consideración el hecho de que puede haber otras leyes que amparen los intereses legítimos de los consumidores o de otras personas y se especifica que el régimen de las operaciones garantizadas no debería prevalecer sobre esas leyes.

E. Tratar por igual a las diversas fuentes de financiación

42. Reconociendo que la sana competencia entre todos los posibles acreedores es una manera eficaz de reducir el costo del crédito, en la Guía se recomienda que el régimen de las operaciones garantizadas se aplique por igual a las distintas categorías de acreedores, tanto a los bancos como a las demás instituciones financieras, y tanto a los acreedores nacionales como a los extranjeros en general.

F. Reconocer la validez de las garantías reales sin desplazamiento

43. Dado que la constitución de una garantía real no debería impedir que el deudor u otro otorgante mantuvieran la empresa en funcionamiento ni dificultar la continuación de los negocios, en la Guía se recomienda que el régimen de las operaciones garantizadas permita la constitución de garantías reales sin desplazamiento sobre una amplia variedad de bienes, y que al mismo tiempo prevea mecanismos de publicidad para dar a conocer la existencia de esas garantías.

G. Fomentar un comportamiento responsable de todas las partes reforzando la previsibilidad y la transparencia

44. Dado que un régimen eficaz de las operaciones garantizadas debe inducir también a todas las partes que intervengan en una operación de crédito a actuar con responsabilidad, en la Guía se procura promover la previsibilidad y la transparencia a fin de que las partes puedan sopesar todas las cuestiones jurídicas que plantee su operación y establecer sanciones apropiadas en caso de incumplimiento de las normas aplicables, respetando al mismo tiempo el carácter confidencial de la información y teniendo en cuenta los problemas que puedan plantearse al respecto.

H. Establecer un orden de prelación claro y previsible

45. De poco o nada serviría la garantía real si en el momento de efectuarse la operación el acreedor no puede determinar qué grado de prelación tendrá su derecho sobre el bien constituido en garantía frente a los demás acreedores (incluido el representante de la insolvencia). Así pues, en la Guía se propone que se establezca un sistema de inscripción de las garantías reales en un registro público y que, sobre

la base de ese sistema, se enuncien reglas claras que permitan que los acreedores, al iniciar la operación, determinen de forma fiable, oportuna y económica la prelación de sus garantías reales.

I. Facilitar la ejecución de la garantía del acreedor de forma previsible y eficiente

46. De poco o nada servirá además la garantía real si el acreedor no puede ejecutarla de manera previsible y eficiente. Así pues, en la Guía se sugieren procedimientos que permitan a los acreedores hacer ejecutar sus garantías sometiendo la ejecución, en su caso, a control judicial o a otro tipo de control, supervisión o revisión oficial. También se recomienda a los Estados que coordinen estrechamente las disposiciones de su régimen de las operaciones garantizadas con las de su régimen de la insolvencia a efectos de respetar la eficacia y la prelación que pueda tener una garantía real antes de la apertura de un procedimiento de insolvencia, así como su valor económico, con arreglo a las disposiciones pertinentes del régimen de la insolvencia.

J. Compaginar los intereses de las personas afectadas

47. Como las operaciones garantizadas afectan a los intereses de diversas personas, entre ellas el deudor, otros otorgantes, los acreedores concurrentes (por ejemplo, los acreedores garantizados, privilegiados y ordinarios), los compradores y otros beneficiarios, así como a los intereses del Estado, en la Guía se proponen normas que permitan tener en cuenta todos esos legítimos intereses y cumplir de forma equilibrada todos los objetivos enumerados en la presente sección.

K. Armonizar los regímenes de las operaciones garantizadas, incluidas las normas sobre conflicto de leyes

48. La adopción de legislación basada en las recomendaciones enunciadas en la Guía dará lugar a la armonización de los regímenes de las operaciones garantizadas (concretamente mediante la promulgación de leyes sustantivas análogas que facilitarán el reconocimiento transfronterizo de las garantías reales). Este resultado ya promoverá de por sí el comercio internacional y la circulación de bienes y servicios entre los países. Por otra parte, si no fuera posible armonizar del todo los regímenes nacionales, las normas sobre conflicto de leyes serían particularmente útiles para facilitar las operaciones transfronterizas. Sin duda lo serían, por ejemplo, para ayudar a los acreedores garantizados a determinar la manera de hacer valer sus garantías reales frente a terceros.

D. Informe del Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales acerca de la labor de su noveno período de sesiones (Nueva York, 30 de enero a 3 de febrero de 2006)

(A/CN.9/593) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1
II.	Organización del período de sesiones	2-7
III.	Deliberaciones y decisiones	8
IV.	Preparación de una guía legislativa sobre las operaciones garantizadas	9-96
	Capítulo V. Eficacia de la garantía real frente a terceros (A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.3, recomendaciones 35 a 57 *ter*)	9-57
	Capítulo VI. Prelación de la garantía real sobre los derechos de demandantes concurrentes (A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.4, recomendaciones 58 a 85)	58-93
	Capítulo X. Mecanismos de financiación de adquisiciones (A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5, recomendaciones 125 a 135)	94-96
V.	Labor futura	97

I. Introducción

1. En su actual período de sesiones, el Grupo de Trabajo VI prosiguió su labor de preparación de una guía legislativa sobre las operaciones garantizadas con arreglo a una decisión adoptada por la Comisión en su 34º período de sesiones, en 2001[23]. La decisión de la Comisión de emprender la labor sobre el régimen de los créditos garantizados se adoptó ante la necesidad de estatuir un régimen legal eficiente que eliminara los obstáculos jurídicos impuestos a los créditos garantizados y que pudiera así repercutir favorablemente en la oferta de crédito financiero y en su costo[24].

---

[23] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17* y corrección (A/56/17 y Corr.3), párr. 358. En el documento A/CN.9/WG.VI/WP.22 se encontrará un historial del proyecto. Los informes de los períodos de sesiones primero a séptimo del Grupo de Trabajo figuran en los documentos A/CN.9/512, A/CN.9/531, A/CN.9/532, A/CN.9/543, A/CN.9/549, A/CN.9/570 y A/CN.9/574. Los informes de los períodos de sesiones conjuntos primero y segundo del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) y VI (Garantías Reales) figuran en los documentos A/CN.9/535 y A/CN.9/550. El examen de estos informes por parte de la Comisión se refleja en los documentos A/57/17 (párrs. 202 a 204), A/58/17 (párrs. 217 a 222), A/59/17 (párrs. 75 a 78) y A/60/17 (párrs. 185 a 187).

[24] *Ibid.*, *quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/55/17), párrafo 455, y *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17* y corrección (A/56/17 y Corr.3), párrafo 347.

II. Organización del período de sesiones

2. El Grupo de Trabajo, que estuvo integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su noveno período de sesiones en Nueva York del 30 de enero al 3 de febrero de 2006. Al período de sesiones asistieron los representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argelia, Argentina, Austria, Bélgica, Camerún, Canadá, China, Colombia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, Guatemala, India, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Jordania, Kenya, Madagascar, México, Nigeria, Pakistán, Polonia, República Checa, República de Corea, Sri Lanka, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Tailandia, Túnez, Turquía, Uganda y Zimbabwe.

3. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Filipinas, Guinea, Irlanda, Malasia y Panamá.

4. Asistieron también al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales:

a) *Sistema de las Naciones Unidas*: Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional y Organización Mundial de la Propiedad Intelectual; y

b) *Organizaciones intergubernamentales*: Comisión Europea; y

c) *Organizaciones no gubernamentales internacionales invitadas por la Comisión*: *American Bar Association*, Asociación de Propietarios Europeos de Marcas Registradas, Asociación Europea de Estudiantes de Derecho, *Association of the Bar of the City of New York*, Cámara de Comercio Internacional, Centro de Estudios Jurídicos Internacionales, Centro Jurídico Nacional para el Libre Comercio Interamericano, *Commercial Finance Association*, Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia, *Forum for International Commercial Arbitration*, Grupo de Trabajo Internacional sobre Garantías Reales en Europa, Instituto Max Planck de Derecho Extranjero y Derecho Internacional Privado, *International Law Institute*, International Trademark Association y Liga de la Industria Independiente de Cine y Televisión.

5. El Grupo de Trabajo eligió a los siguientes miembros de la Mesa:

Presidenta: Sra. Kathryn SABO (Canadá)

Relator: Sr. Pornchai ASAWAWATTANAPORN (Tailandia).

6. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición los siguientes documentos: A/CN.9/WG.VI/WP.21 y adiciones 1 a 2 (Recomendaciones), A/CN.9/WG.VI/WP.22 (Antecedentes), A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1 (Introducción y objetivos clave) y A/CN.9/WG.VI/WP.24 y adiciones 1 a 5 (Recomendaciones revisadas).

7. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Apertura del período de sesiones y calendario de reuniones.
2. Elección de la Mesa.
3. Aprobación del programa.
4. Preparación de la guía legislativa sobre las operaciones garantizadas.
5. Otros asuntos.
6. Aprobación del informe.

III. Deliberaciones y decisiones

8. El Grupo de Trabajo examinó las recomendaciones que figuraban en los capítulos V (Eficacia de la garantía real frente a terceros), VI (Prelación) y X (Mecanismos de financiación de las compras). En el capítulo IV, que figura a continuación, se consignan las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo. Se pidió a la Secretaría que revisara las recomendaciones correspondientes a esos capítulos para que quedaran plasmadas en ellas las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo.

IV. Preparación de una guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

Capítulo V. Eficacia de la garantía real frente a terceros (A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.3, recomendaciones 35 a 57 *ter*)

Finalidad

9. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de la sección relativa a la finalidad.

Recomendación 35 (métodos generales para lograr la eficacia frente a terceros de las garantías reales)

10. Se convino en que se suprimieran las palabras “o que vaya a constituirse”, que figuraban entre corchetes en la parte introductoria de la recomendación 35, dado que una garantía real que no fuera eficaz ni siquiera entre las partes en el acuerdo de garantía tampoco lo podría ser frente a terceros (la cuestión de si una garantía registrada con anterioridad gozaría de prelación a partir del momento de su inscripción aun cuando todavía no hubiera sido constituida en el momento de la inscripción se consideró una cuestión de prelación que se examinaría más adelante).

11. Se convino asimismo en que se reformulara el párrafo b) de modo que se hiciera hincapié en la desposesión del otorgante, y no en la entrega de la posesión de los bienes por el otorgante al acreedor garantizado. Se observó que, a fin de evitar la apariencia de un título no gravado por parte del otorgante, el elemento importante era la desposesión del otorgante. Se señaló también que la entrega de la posesión podía ser efectuada no solo por el otorgante sino también por otra persona, como el fabricante de los bienes. Además, se observó que la entrega de la posesión era suficiente no solo si era efectuada en beneficio del acreedor garantizado sino también a sus agentes o empleados, así como a personas como un encargado independiente de almacén que reconocieran que tomaban posesión de los bienes en beneficio del acreedor garantizado.

12. Además, se convino en que se sustituyeran las palabras “solo será eficaz si” por las palabras “surtirá efecto cuando”, a fin de evitar la consecuencia de que una garantía real pudiera surtir efecto frente a todas las partes incluso antes de quedar constituida. También se convino en insertar la conjunción “o” después del párrafo a), de modo que se indicara que el párrafo b) constituía otra opción para lograr la eficacia frente a terceros.

13. Durante el debate se sugirió que una garantía real sobre la que se hubiera inscrito una notificación en el registro general de garantías reales antes de ser constituida (véase A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.3, recomendación 54) fuera eficaz frente a terceros únicamente si hubiera quedado constituida en un determinado plazo posterior a la inscripción. Si bien algunas delegaciones apoyaron esa sugerencia, se objetó que, si una garantía real no estaba constituida, el otorgante podría obtener la cancelación de la inscripción, incluso mediante un procedimiento sumario (véase A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.3, recomendación 57).

Recomendaciones 35 *bis* y 36 (métodos especiales para lograr la eficacia de garantías reales frente a terceros)

14. El Grupo de Trabajo convino en que se reformulara la recomendación 35 *bis* a fin de separar los métodos especiales, que eran métodos exclusivos para lograr la eficacia frente a terceros, de los métodos especiales que se aplicaban además de la inscripción en el registro general de garantías reales. Con respecto al párrafo d) se objetó que podría haber una dicotomía entre la entrega de la posesión del documento negociable y la de los bienes abarcados por el documento, lo cual podría resultar problemático. El Grupo de Trabajo aplazó el examen de esta cuestión hasta que tuviera la oportunidad de examinar las recomendaciones 39 y 40 (véanse los párrafos 20 y 21 *infra*).

15. Se expresaron opiniones divergentes sobre si una garantía real que no fuera una garantía para el pago de una compra sobre bienes de consumo debería surtir efecto frente a terceros automáticamente a partir de su constitución. Según una opinión, ese efecto automático no sería apropiado, pues la falta de transparencia podría repercutir negativamente en la oferta y en el costo del crédito. Según otra opinión, la eficacia automática frente terceros a partir de la constitución de la garantía real sería apropiada, al menos en lo que respecta a las garantías reales no destinadas a financiar la compra de bienes de consumo de escaso valor, que debido a ese escaso valor y a su poca importancia como fuente de crédito tal vez no justificaran la inscripción. Tras deliberar, se convino en que se agregara al texto entre corchetes una recomendación que se estudiaría ulteriormente por la que se previera la eficacia automática frente a terceros de las garantías reales no destinadas a financiar una compra de bienes de consumo de poco valor que no estuvieran sujetos a inscripción de la titularidad ni a sistemas de certificación de titularidad.

16. Se sugirió que se suprimiera la recomendación 36 por estimarse que reafirmaba la regla evidente de que si un mismo acuerdo de garantía englobaba distintos tipos de bienes, deberían aplicarse diferentes métodos para lograr la eficacia frente a terceros. Esta sugerencia fue objeto de críticas. En general se consideró que la recomendación 36 aclaraba útilmente una cuestión que podía resultar confusa en muchos ordenamientos jurídicos.

Recomendaciones 37 y 37 *bis* (eficacia de otros derechos frente a terceros)

17. Si bien se respaldó en general el contenido de la recomendación 37, se convino en que el proyecto de guía estableciera desde un buen principio que las recomendaciones sobre garantías reales eran también aplicables a las cesiones puras y simples y en que, por consiguiente, las referencias al “otorgante” eran equiparables a referencias al “cedente”, toda referencia a un “acreedor garantizado”

podía equipararse también a una referencia al "cesionario" y en que toda referencia a una "garantía real" también se entendía como "derecho del cesionario".

18. El Grupo de Trabajo convino en que se suprimiera la recomendación 37 *bis* y que en el comentario se analizara la posibilidad de hacer extensivo el sistema de inscripción registral a los derechos de los arrendadores o consignadores, destacando los beneficios económicos que podría reportar ese enfoque. Según la opinión general, si bien el comentario podría abordar la posibilidad de que el derecho aplicable a los arrendamientos y a las remesas podría prever que los derechos de los arrendadores o de los consignadores estuviera sujeta a inscripción registral, una recomendación del tenor de la recomendación 37 *bis* tal vez trascendería el ámbito del régimen de las operaciones garantizadas. Se observó que ese enfoque era más acorde con la naturaleza de la recomendación 37 *bis*, que estaba formulada como una opción para los Estados, más que como una recomendación (como lo indicaba la utilización de la forma verbal "puede" en vez de "debería").

Recomendación 38 (eficacia frente a terceros de una garantía real sobre bienes corporales mediante la entrega de la posesión al acreedor garantizado)

19. De conformidad con lo decidido respecto de la recomendación 35 b) (véase el párrafo 3 *supra*), el Grupo de Trabajo convino en que se reformulara la recomendación 38 de modo que se centrara en la desposesión del otorgante, más que en la entrega de la posesión al acreedor garantizado por el otorgante. También se convino en que se revisara el texto que figuraba entre corchetes para explicar que debería haber una verdadera desposesión, lo cual ocurriría en el caso de que los bienes gravados estuvieran en posesión del acreedor garantizado o de uno de sus agentes o empleados o de un almacén independiente que reconociera que retenía la posesión en nombre del acreedor garantizado. Se observó que ese texto podría insertarse en el lugar apropiado de las recomendaciones o de las definiciones, de modo que fuera aplicable a todo el proyecto de guía.

Recomendaciones 39 (eficacia frente a terceros de una garantía sobre un documento negociable) y 40 (eficacia frente a terceros de una garantía real sobre bienes comprendidos en un documento o título negociable)

20. El Grupo de Trabajo convino en que se fusionaran las recomendaciones 39 y 40, ya que, en la práctica, abordaban la misma cuestión (es decir, la eficacia frente a terceros de una garantía real sobre un documento negociable de titularidad y sobre los bienes abarcados por dicho documento). También se convino en que se suprimiera la primera frase de la recomendación 39, pues en ella se reiteraba la regla general de las recomendaciones 35 b) y 38, que serían aplicables en cualquier caso a menos que se dispusiera otra cosa.

21. Se expresaron opiniones divergentes sobre la cuestión de si una garantía real sobre bienes abarcados por un documento negociable de titularidad debería surtir efecto frente a terceros durante el período en que los bienes estuvieran amparados por el documento mediante la entrega de la posesión del documento o también mediante la entrega de la posesión de los bienes. Según una opinión, el hecho de disponer que una garantía real podría ser eficaz frente a terceros mediante la entrega de la posesión de los bienes (y no del documento) mientras los bienes estuvieran amparados por el documento podría minar la fiabilidad y la negociabilidad del documento. Según otra opinión, con este enfoque se reconocería de hecho que la

entrega de la posesión de los bienes constituía un método para lograr la eficacia frente a terceros, que sería útil si no se produjera la entrega del documento o si los bienes ya no estuvieran amparados por el documento. Se observó que ese enfoque no minaría la negociabilidad del documento, siempre y cuando una garantía real que se hiciera eficaz frente a terceros mediante la entrega de la posesión del documento tuviera prelación sobre una garantía real que lo consiguiera mediante la entrega de la posesión de los bienes (tal como se dispone en A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.4, recomendación 80). Tras deliberar, se convino en que el texto de la recomendación 40, que trata de la eficacia frente a terceros lograda durante el período en que los bienes estuvieran amparados por el documento mediante la entrega de la posesión de los bienes (y no del documento), figurara entre corchetes con miras a que el Grupo de Trabajo reexaminara la cuestión ulteriormente.

Recomendación 40 *bis* (eficacia frente a terceros de una garantía real sobre bienes muebles respecto de los cuales exista un registro especializado de titularidad o un sistema de certificación de titularidad)

22. El Grupo de Trabajo en general estuvo de acuerdo con el contenido de la recomendación 40 *bis*. En respuesta a una pregunta sobre si el párrafo c) era redundante, pues reiteraba la regla general enunciada en la recomendación 35 a), se observó que, de no figurar el párrafo c) en el texto, tal vez no quedara claro que la eficacia frente a terceros podía lograrse mediante la inscripción en el registro general de garantías reales, a menos que ello se especificara claramente en las recomendaciones 35 y 35 *bis*. En respuesta a otra pregunta, relativa a la cuestión de si los métodos establecidos en la recomendación 40 *bis* eran exclusivos, se señaló que la cuestión debería dejarse en manos de legislación especial que regulara la inscripción registral de la titularidad y los certificados de titularidad. Durante el debate se sostuvo que tal vez habría que ajustar la recomendación 40 *bis* para que fuera aplicable a las garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual. El Grupo de Trabajo convino en que la Comisión tendría que decidir la forma en que se abordarían los derechos de propiedad intelectual.

Recomendación 41 (eficacia frente a terceros de las garantías reales sobre el derecho a cobrar el producto de promesas independientes)

23. Se convino en que la recomendación 41 (véase A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.2, recomendación 49) fuera examinada conjuntamente con las otras recomendaciones que regulaban las garantías reales sobre derechos a cobrar el producto de una promesa independiente (véase A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.2).

Recomendaciones 42 y 43 (eficacia frente a terceros de las garantías sobre cuentas bancarias)

24. Se convino en que el párrafo a) de la recomendación 42 relativo a la inscripción de una notificación en un registro general de garantías reales, reiteraba la regla general enunciada en la recomendación 35 a), por lo que debería suprimirse.

25. Si bien en el Grupo de Trabajo hubo acuerdo general sobre el contenido de la recomendación 43, se observó que convendría reexaminar la identificación del bien gravado, pues no se trataba de la cuenta bancaria propiamente dicha sino de una reclamación de pago con cargo a dicha cuenta. El Grupo de Trabajo convino en que

esa cuestión podría examinarse en el contexto del debate sobre las recomendaciones relativas a las cuentas bancarias (véase el párrafo 88 *infra*). El Grupo de Trabajo convino también en que los derechos del banco depositario, abordados en la nota posterior a la recomendación 43, también deberían analizarse en ese contexto.

Recomendación 44 (eficacia frente a terceros de las garantías reales sobre el producto)

26. Se formuló una serie de objeciones. Una de ellas consistía en que con la eficacia automática frente a terceros de las garantías reales sobre el producto de bienes gravados (es decir, sin una descripción del producto en la notificación inscrita o sin la notificación adicional cuando nace el producto) se podría llegar al resultado de que los terceros no fueran avisados de la garantía real preexistente sobre los bienes gravados (por ejemplo, cuando los bienes gravados fueran existencias y el producto, créditos por cobrar). A fin de paliar ese problema, se sugirió que se suprimiera el párrafo a), de modo que, en virtud de la regla que quedaba en la recomendación 44 el acreedor garantizado dispusiera de un período durante el cual pudiera adoptar toda medida necesaria para dar eficacia frente a terceros a una garantía real sobre el producto. Esta propuesta suscitó apoyo y oposición a la vez. En apoyo de la propuesta se argumentó que a fin de que el registro cumpliera su función de dar un aviso suficiente a los terceros, la notificación debería incluir una descripción razonable del producto, salvo si se trataba de dinero, títulos negociables, documentos negociables o cuentas bancarias. Se observó que, de no ser así, las partes deberían indagar fuera del registro para averiguar si existían garantías reales. También se sostuvo que la eficacia automática de una garantía real sobre el producto frente a terceros podía eliminar la competencia entre prestamistas, puesto que el prestamista que tuviera una garantía real sobre los principales bienes del otorgante dispondría de una garantía real sobre todos los bienes que fueran producto de esos bienes principales, lo cual podría tener repercusiones negativas en la oferta y en el costo del crédito financiero.

27. En contra de la propuesta, se observó que los terceros supondrían normalmente que los bienes sobre los que constituyeran una garantía real podrían estar sujetos a otras garantías reales sobre el producto y realizarían en cualquier caso una búsqueda ("diligencia debida") para asegurarse de que el otorgante tenía derechos sobre los bienes gravados. Se señaló asimismo que el hecho de requerir una medida adicional para hacer extensiva la eficacia frente a terceros a las garantías reales sobre el producto obligaría al acreedor garantizado a supervisar todos los actos del otorgante en relación con los bienes gravados a fin de lograr que sus garantías reales sobre el producto fueran eficaces frente a terceros. Además, se sostuvo que en casos en que, por ejemplo, se vendiera el inventario y las existencias adoptaran ulteriormente la forma de créditos por cobrar, títulos negociables y fondos en una cuenta bancaria, los participantes en el mercado supondrían normalmente que las garantías reales sobre todos los productos serían automáticamente eficaces frente a terceros sin necesidad de medidas suplementarias. A este respecto, se sugirió que en el párrafo b) se agregaran los créditos por cobrar a la lista de bienes con respecto a los cuales una garantía real sobre el producto fuera automáticamente eficaz frente a terceros. Esta sugerencia recibió un apoyo suficiente.

28. Frente al párrafo a) se formuló otra objeción consistente en que no era apropiado porque trataba de modo diferente la inscripción en el registro general de garantías reales y la inscripción en registros especiales de titularidad, si bien en ambos casos los terceros eran avisados de la posible existencia de garantías reales. A fin de paliar el problema, se sugirió que en el párrafo a) se incluyera también una referencia a la eficacia frente a terceros mediante la inscripción en un registro especializado de titularidad. Esta sugerencia obtuvo un apoyo suficiente.

29. Otra reserva que se expresó en relación con la recomendación 44 era que no dejaba suficientemente claro si podía restablecerse la eficacia frente a terceros si el acreedor garantizado que no hubiera adoptado las medidas necesarias para que su garantía sobre los bienes gravados originales o sobre su primer producto fueran eficaces frente a terceros adoptara subsiguientemente todas las medidas necesarias para que su garantía real en productos subsiguientes fuera eficaz frente a terceros. A fin de paliar ese problema, se sugirió que se revisara la recomendación 44 para tener en cuenta esta cuestión. Si bien se expresó la opinión de que la eficacia frente a terceros vencida quedaba permanentemente perdida, prevaleció la opinión de que el acreedor garantizado podía restablecer la eficacia frente a terceros. Un gran número de delegaciones consideró que este enfoque se ajustaría a la regla sugerida en la nota posterior a la recomendación 65 (véase A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.4) conforme a la cual la prelación se retrotraería al momento en que la eficacia frente a terceros fuera restablecida.

30. En respuesta a la pregunta de si era necesario adoptar una medida especial para dar eficacia a una garantía real frente a terceros sobre el producto cuando la garantía real sobre los bienes gravados originales hubiera adquirido eficacia frente a terceros mediante la desposesión del otorgante, se señaló que, en virtud del texto restante de la recomendación 44, el acreedor garantizado podía hacer valer su derecho sobre el producto frente a terceros adoptando cualquier medida necesaria en virtud de la recomendación 35 o de la recomendación 35 *bis* en un determinado plazo posterior al nacimiento del producto.

31. Durante el debate se afirmó que el Grupo de Trabajo debería tener presente que el objetivo general del proyecto de guía era promover la oferta de crédito garantizado, en particular en los países en desarrollo y en los países con economías en transición, y no redactar un análisis de derecho comparado entre los ordenamientos nacionales de los países desarrollados.

32. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisara la recomendación 44 presentando opciones relativas a la eficacia automática frente a terceros de garantías reales sobre el producto, teniendo en cuenta las sugerencias formuladas y las opiniones expresadas.

Recomendaciones 45 y 46 (eficacia frente a terceros de las garantías reales sobre bienes inmuebles por destino)

33. Se formularon varias sugerencias. Concretamente se propuso que se suprimiera la primera frase de la recomendación 45 por estimarse que repetía la regla general u obligaba a que se cumplieran las medidas para la eficacia frente a terceros una segunda vez, después de que los bienes corporales se hubieran convertido en bienes inmuebles por destino. Esta sugerencia no recibió suficiente apoyo. Según otra propuesta, para que una garantía real sobre un bien inmueble por destino adquiriera

eficacia frente a terceros, debería registrarse una notificación en el registro inmobiliario. Esta sugerencia fue objeto de críticas. Se argumentó que, si bien habría que preservar la integridad de los registros inmobiliarios mediante reglas de prelación apropiadas, no había ningún motivo para privar de eficacia frente a terceros a una garantía real respecto de la cual se hubiera registrado una notificación en el registro general de garantías reales. También se sugirió que se revisara la recomendación 45 para dejar claro que la inscripción en el registro general de garantías reales o, en su caso, en el registro inmobiliario, debería ser suficiente para que una garantía real tuviera eficacia frente a terceros. Esta propuesta recibió un apoyo suficiente en el Grupo de Trabajo. En cuanto a la redacción, se sugirió que se suprimieran las referencias a los títulos negociables y a los documentos negociables, dado que esos tipos de bienes no podían ser bienes inmuebles por destino (véase el párrafo 92 *infra*). Tras deliberar, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisara la recomendación 45 teniendo en cuenta las opiniones expresadas y las sugerencias formuladas.

Recomendación 46 (eficacia frente a terceros de garantías reales sobre masas de bienes o de producto)

34. En el Grupo de Trabajo se estuvo en general de acuerdo con el contenido de la recomendación 46.

Recomendación 47 (eficacia frente a terceros de garantías reales sobre masas de bienes o de producto)

35. Se expresaron opiniones divergentes sobre si una garantía real sobre un bien gravado que tuviera eficacia frente a terceros debería seguir teniéndola cuando el bien pasara a formar parte de una masa de bienes o producto. Según una opinión, al igual que en el caso del producto (véase el párrafo 27 *supra*), no debería requerirse ninguna medida suplementaria para preservar la eficacia de la garantía real sobre la masa o el producto resultante, dado que las partes en el comercio esperarían que los bienes gravados se convirtieran en la masa o en el producto (por ejemplo, se supondría que las existencias se venderían y se convertirían en créditos por cobrar, cheques y fondos en una cuenta bancaria, del mismo modo que la harina y el azúcar podían convertirse en galletas). Según otra opinión, si no se adoptaba ninguna medida suplementaria para dar eficacia frente a terceros a la garantía sobre la masa o el producto, los terceros tal vez no dispusieran de ningún medio para cerciorarse de que el bien gravado original era efectivamente parte de una masa o del producto. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en que se reformulara la recomendación de modo que reflejara ambas opciones y que pudiera examinarse ulteriormente.

36. Se convino también en que la garantía real sobre el bien gravado original que fuera eficaz frente a terceros no daba lugar a una garantía real sobre toda la masa de bienes o del producto sino a una parte proporcional de la masa de bienes o del producto. El Grupo de Trabajo convino en que en la recomendación 47 se hiciera una referencia a la proporcionalidad que ya figura en la recomendación 32 (A/CN.9/WG.VI/WP.21) relativa a la constitución de una garantía real sobre una masa de bienes o el producto. En cuanto a la redacción se sugirió que se suprimieran las palabras después de la coma y que se sustituyeran por “la garantía real que nazca

así conforme a la recomendación 32 conservará su eficacia" o "que nazca en virtud de la recomendación 32 será eficaz frente a terceros".

Recomendación adicional sobre la eficacia frente a terceros de las garantías reales sobre derechos personales o reales que garantizan o respaldan créditos cedidos

37. El Grupo de Trabajo convino en que se agregara al texto una nueva recomendación que tratara de la eficacia frente a terceros de una garantía real sobre derechos personales o reales que garanticen o respalden créditos por cobrar cedidos (véase A/CN.9/WG.VI/WP.21, recomendación 16 a)).

Recomendación 48 (características de un registro general de garantías reales)

38. Con respecto al párrafo a), el Grupo de Trabajo convino en que se agregaran las palabras "indicando la posibilidad de la existencia de una garantía real", en la primera frase, a fin de reflejar exactamente la posición de que la notificación inscrita no constituía la garantía real sino que avisaba a los terceros sobre la posible existencia de una garantía real, particularmente en el caso de inscripción anticipada, cuando una notificación pudiera inscribirse antes de que se adoptaran medidas para constituir una garantía real. Se convino asimismo en que, en la segunda frase, se suprimiera la palabra "únicamente", dado que podía cambiar el requisito de la información requerida.

39. El Grupo de Trabajo aprobó los párrafos b), c) y d) sin cambios. Respecto del inciso i) del párrafo d), se convino en que las palabras que figuraban entre corchetes ("y publicando periódicamente estados auditados de los gastos e ingresos del sistema de registro") se suprimieran y se trasladaran al comentario, ya que ese nivel de detalle no se ajustaba al resto del párrafo.

40. En respuesta a una pregunta sobre la relación entre el inciso i) del párrafo e) relativo a la fijación de tarifas al nivel de costos y recuperación y el inciso v) del párrafo h) en que se recomendaba una posible delegación de la gestión cotidiana del registro en una autoridad privada, se convino que no existía ningún conflicto entre ambos párrafos, ya que el Estado podía subcontratar parte de la función de inscripción (por ejemplo, el funcionamiento y el mantenimiento de los ordenadores) a una autoridad privada que podría ocuparse de la función con mayor eficacia, y el hecho de que una entidad privada realizara beneficios no se traduciría necesariamente en costos para los usuarios. La intención de los párrafos, según se consideró, era subrayar el principio de que el registro no debería ser gestionado por el Estado con fines de lucro o como forma de imposición de impuestos indirectos a los usuarios. Se señaló que esto había propiciado ineficiencias y una disminución del uso de registros de garantías reales y otros registros en muchas jurisdicciones.

41. El Grupo de Trabajo convino en que se enmendara el inciso i) del párrafo e) para que reflejara los principios del párrafo 40 *supra* agregando las palabras "a un nivel no superior a", en la primera línea. En respuesta a la sugerencia de que se agregara al párrafo una referencia indicando que las tarifas deberían ser lo más bajas posible para que el registro pudiera funcionar razonablemente, el Grupo de Trabajo convino en que la cuestión ya estaba suficientemente tratada en el párrafo a) de la sección de finalidades del capítulo y en el propio inciso i) del párrafo e).

42. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de los incisos ii), iii) y iv) del párrafo e).

43. Si bien el inciso i) del párrafo f) obtuvo un amplio apoyo, el Grupo de Trabajo convino en que el examen relativo a la validez, suficiencia y exactitud de la notificación era de ámbito demasiado restringido y que debería ampliarse el párrafo de modo que nadie, salvo la persona que efectuara la inscripción, tuviera que hacer indagaciones de ningún tipo. No recibió apoyo suficiente la sugerencia de que, en ausencia de indagación sobre la notificación por parte del personal del registro, el proyecto de guía debiera prever penalizaciones por inscribir datos falsos o que indujeran a error. Se estimó que, dado que una notificación falsa no tenía ningún efecto jurídico y podía cancelarse en virtud de la recomendación 57, la cuestión de las penalizaciones debería dejarse en manos del derecho extracontractual, penal o de otra índole y que no debería repetirse en el proyecto de guía. El Grupo de Trabajo convino en que en el comentario se reflejara esa posición, a fin de orientar a los Estados a quienes preocupaba el posible fraude y los abusos en el sistema de registro. También se convino en que el Grupo de Trabajo estudiara la ampliación de la recomendación 57 o del comentario para abordar la posibilidad de que un otorgante abusara de la integridad del proceso de inscripción inscribiendo datos falsos.

44. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido de los incisos i), ii) y iii) del párrafo g) sin cambios. También se convino en que los ejemplos mencionados en el inciso iv) del párrafo g) fueran trasladados al comentario. Además, el Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de los incisos i), ii) y iii) del párrafo h).

45. Sobre los incisos ii) y iii) del párrafo h) se expresaron pareceres divergentes. Según una delegación, debería revelarse la identidad de los registrantes y enviarse al otorgante una copia de la notificación inscrita. Se sostuvo que la revelación de la identidad del registrante podía limitar útilmente las inscripciones fraudulentas y mantener la integridad del registro. Se observó también que de todos modos la identidad del acreedor garantizado sería revelada en el contexto del pago de la tarifa de inscripción por vía electrónica. Además, se señaló que dado que el acreedor garantizado podía inscribir una notificación incluso por su propia cuenta, convendría informar al otorgante oportunamente, a fin de que pudiera ejercer sus derechos. Según otra opinión, esos requisitos deberían dejarse en manos de los Estados, que podrían decidir sobre la base de un análisis de costos y beneficios. Se argumentó que, al agregar esos requisitos, se corría el riesgo de incrementar el costo del sistema que, en última instancia, habría de ser sufragado por el otorgante. También se observó que tal vez no resultara siempre posible verificar la identidad de un registrante, particularmente cuando se recurriera a mensajeros independientes o a intermediarios para efectuar la inscripción. Además, se señaló que si se mantenía en el texto la obligación de enviar una copia de la notificación al otorgante, habría que prever las consecuencias para los casos de incumplimiento.

46. En cuanto a si la obligación de enviar una copia de la inscripción debería corresponder al registro o al acreedor garantizado, se expresaron distintas opiniones. Según una delegación, en un sistema cuya finalidad era limitar la participación del personal del registro, a fin de evitar costos y la posibilidad de errores, el acreedor garantizado debería hacer llegar la copia de la notificación inscrita al otorgante. Además, se observó que dado que el acreedor garantizado tenía interés en que la inscripción fuera efectuada, era más adecuado que quien tuviera la obligación de

hacer llegar la notificación al otorgante fuera el acreedor garantizado. Según otra delegación, debería ser el registro el que se encargara de enviar la notificación al otorgante. Se argumentó que sería fácil, rápido y económico en el contexto de un sistema electrónico. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de los párrafos h) e i) sin cambios, y convino en que las cuestiones planteadas se hicieran constar en el comentario.

Recomendación 49 (contenido requerido de la notificación que se desee inscribir)

47. Con respecto al párrafo a), se expresó preocupación por el hecho de que, si se incluía en la notificación el nombre y la dirección del acreedor garantizado, se podía dar a sus competidores acceso a información comercial confidencial. Se sostuvo que así se podría seguir sistemáticamente la actuación de los acreedores garantizados y las relaciones comerciales. Para paliar ese problema, se sugirió que el nombre y la dirección del acreedor garantizado no figuraran en la notificación que se inscribiera. Esta sugerencia fue objeto de críticas. Se sostuvo que el sistema de registro no podía funcionar si los terceros no estaban en condiciones de ponerse en contacto con los acreedores garantizados a fin de averiguar la existencia y el alcance de las garantías reales existentes. Se observó asimismo que el problema de la confidencialidad podría paliarse incluyendo en la notificación el nombre de la persona designada por el acreedor garantizado en vez del nombre de este. Además se señaló que la preocupación expresada se refería a la capacidad de terceros para buscar en el registro utilizando el nombre del acreedor garantizado, y no del otorgante, una cuestión que podría abordarse en el comentario. En respuesta a la pregunta antes mencionada sobre la inclusión en la notificación de una persona designada por el acreedor garantizado, se señaló que ello no obstaculizaría la búsqueda si esa persona era agente del acreedor garantizado.

48. El Grupo de Trabajo convino en que cuando en una búsqueda se obtuviera un número excesivo de posibles resultados positivos, deberían requerirse criterios de identificación suplementarios. Por consiguiente, se convino en que se suprimiera la palabra “permitirse”, que figuraba entre corchetes, y que se mantuviera sin corchetes la palabra “requerirse”. A reserva de este cambio, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 49, y mantuvo el párrafo d) entre corchetes con el fin de examinarlo ulteriormente.

Recomendaciones 50 y 50 *bis* (suficiencia jurídica del nombre del otorgante en una inscripción de notificación)

49. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de las recomendaciones 50 y 50 *bis*.

Recomendación 50 *ter* (cambio del nombre o de otro factor de identificación del otorgante)

50. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de la recomendación 50 *ter*.

Recomendaciones 51 a 53 (suficiencia legal de la descripción de los bienes enunciados en una notificación inscrita)

51. Se convino en que se revisaran las recomendaciones 51 a 53 para dejar claro que la principal regla era la recomendación 51, mientras que las recomendaciones 52 y 53 trataban de la descripción de categorías genéricas de bienes y de bienes adquiridos con posterioridad, respectivamente. A reserva de esa modificación, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de las recomendaciones 51 a 53.

Recomendaciones 54 (inscripción anticipada) y 55 (una única inscripción para múltiples acuerdos de garantía entre las mismas partes)

52. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de las recomendaciones 54 y 55.

Recomendaciones 56 y 56 *bis* (duración y renovación de la inscripción)

53. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de las recomendaciones 56 y 56 *bis*. Se convino en que se agregaran, como título para la recomendación 56 *bis*, palabras del siguiente tenor: "momento de eficacia de la inscripción".

Recomendaciones 57 y 57 *bis* (cancelación de la inscripción)

54. Se convino en que, a fin de abordar las facilidades de créditos rotatorios en que cabía hacer nuevos pagos anticipados en cualquier momento antes de que concluyera la facilidad, habría que añadir todos los compromisos de préstamo a las condiciones alternativas de la cancelación de la inscripción enumeradas en la parte introductoria de la recomendación 57. Se convino también en que, a fin de no imponer al acreedor garantizado la carga onerosa de supervisar constantemente los pagos y de cancelar las inscripciones, debería enmendarse el párrafo a) de modo que dispusiera que el acreedor garantizado debería cancelar la inscripción en un plazo especificado a petición del otorgante. Se señaló que, de acuerdo con el párrafo b), el otorgante podía solicitar la cancelación de una inscripción mediante un procedimiento sumario incluso antes de que venciera el plazo fijado en el párrafo a). No obstante, se observó que, en tal caso, el otorgante podría tener que sufragar los gastos pertinentes. Se convino que en el comentario se insertara un análisis de esas cuestiones. A reserva de esos cambios, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 57. El Grupo de Trabajo aprobó asimismo sin cambios el contenido de la recomendación 57 *bis*.

Recomendación 57 *ter* (enmienda de la inscripción)

55. Se convino en que el acreedor garantizado pudiera solicitar en cualquier momento una enmienda de la notificación inscrita. Se convino asimismo en que en la recomendación 57 *ter* se empleara terminología paralela a la utilizada en la recomendación 57 relativa a la enmienda por el otorgante de la notificación inscrita (por ejemplo, insertando una descripción más concisa de los bienes gravados). A reserva de esos cambios, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 57 *ter*.

Recomendaciones suplementarias sobre la inscripción de cesiones de obligaciones garantizadas

56. Se sugirió que se agregara al texto una nueva recomendación que regulara la cuestión de si, en caso de cesión de una obligación garantizada, conforme a la cual quedarían transferidos al cesionario todos los derechos que garantizaran la obligación, debería enmendarse la notificación inscrita para indicar el nombre del nuevo acreedor garantizado. En cuanto al contenido de esa recomendación, se expresaron opiniones divergentes. Según una delegación, a pesar de la cesión, la deuda seguía en pie y la garantía real seguía siendo eficaz frente a terceros sin ninguna enmienda de la notificación inscrita. Según otra opinión, sin tal enmienda, la información registrada sería inexacta, lo cual minaría la fiabilidad del registro. Se respondió que el hecho de no modificar el nombre del acreedor garantizado no debería entrañar la pérdida de la eficacia frente a terceros, en particular porque los terceros harían indagaciones en registros utilizando como palabra clave el nombre del otorgante como criterio de búsqueda. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara una recomendación apropiada y que la insertara entre corchetes para ser examinada ulteriormente.

57. En el debate se planteó la cuestión de si debería prepararse una recomendación para abordar la cuestión de una nueva inscripción en caso de que se hiciera cargo de la obligación una persona que no fuera el otorgante. Se respondió que como, en tal caso, cambiaría el deudor pero no el otorgante, no sería preciso enmendar la notificación inscrita.

Capítulo VI. Prelación de la garantía real sobre los derechos de demandantes concurrentes (A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.4, recomendaciones 58 a 85)

Finalidad

58. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de la sección sobre finalidad.

Recomendación 58 (alcance de las reglas de prelación)

59. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de la recomendación 58.

Recomendación 59 (obligaciones garantizadas afectadas)

60. El Grupo de Trabajo convino en suprimir el texto que figuraba entre paréntesis en el párrafo b) de la recomendación 59, en el entendimiento de que en el comentario se aclararía que los futuros pagos anticipados tendrían el mismo grado de prelación que el primer pago anticipado. Se convino asimismo en que en el párrafo b) se hiciera referencia explícitamente a los futuros pagos anticipados o a otras obligaciones. A reserva de esos cambios, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 59.

Recomendación 60 (acuerdos de subordinación)

61. Se observó que la recomendación 60 debería revisarse de modo que no solo una parte demandante concurrente con prelación sino también una parte demandante concurrente que gozara del mismo grado de prelación que el beneficiario de la subordinación pudieran subordinar su derecho al de otro demandante concurrente. Se sostuvo asimismo que la subordinación debería alcanzar hasta el monto de la reclamación garantizada del beneficiario de la subordinación. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 60 en el entendimiento de que en el comentario se harían esas aclaraciones.

Recomendaciones 61 y 62 (Prelación de las garantías reales que no son eficaces o válidas frente a terceros)

62. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión de si las garantías reales que no eran eficaces frente a terceros deberían sin embargo tener validez frente a ciertas partes. Se convino en general en que esas garantías reales deberían ser eficaces entre el otorgante y el acreedor garantizado.

63. Se expresaron distintas opiniones en cuanto a si esas garantías deberían ser eficaces frente a cualquier tercero. Según una opinión, las garantías reales que no eran válidas frente a terceros deberían tener eficacia frente a los acreedores ordinarios (no garantizados) (véase la recomendación 61 c)), así como frente a otros acreedores garantizados cuyas garantías reales carecieran de eficacia frente a terceros (véase la recomendación 61 b)). Se dijo que, fuera del marco de un procedimiento de insolvencia, no se justificaba no dotar de eficacia a una garantía real frente a acreedores ordinarios no garantizados (con excepción de los acreedores judiciales). Se observó asimismo que, de dos garantías reales que no fueran eficaces frente a terceros, debería prevalecer la primera que se hubiera constituido.

64. Sin embargo, predominó la opinión de que una garantía real que no fuera válida frente a terceros no debería tener eficacia frente a acreedores ordinarios ni a acreedores garantizados cuyas garantías reales no fueran eficaces frente a terceros. Se señaló que, además de ser simple, ese criterio se ajustaría al concepto de validez frente a terceros enunciado en el proyecto de guía. Se sostuvo también que la consecuencia práctica de adoptar ese criterio, es decir, de que no se plantearía una cuestión de prelación entre los derechos de los acreedores garantizados con garantías reales sin eficacia frente a terceros y de que, por consiguiente, sus derechos tendrían paridad entre sí y con los derechos de los acreedores ordinarios, sería adecuada y podría examinarse en el comentario.

65. Tras un debate, el Grupo de Trabajo convino en que una garantía real que no fuera efectiva frente a terceros debería serlo, sin embargo, frente al otorgante, aunque no frente a otros acreedores garantizados similares o frente a acreedores ordinarios.

66. Con respecto a la recomendación 62 se opinó en general que recogía de forma adecuada el principio de que los derechos de los acreedores judiciales deberían tener prelación sobre los de los acreedores garantizados cuyas garantías reales no fueran eficaces frente a terceros. En cuanto a la redacción se convino en que se volviera a redactar la recomendación 62 para expresar en términos positivos que, una vez iniciada la ejecución, el acreedor garantizado no podría hacer efectiva su garantía real frente a terceros. Se acordó asimismo que debería hacerse concordar la

recomendación 62 con la recomendación 71, que trataba de la prelación entre un acreedor judicial y un acreedor garantizado con una garantía real eficaz frente a terceros.

Recomendación 63 (prelación de garantías reales eficaces o válidas frente a terceros)

67. Recordando su decisión relativa a la recomendación 35 (véase el párrafo 10 *supra*) de que una garantía real no podía adquirir eficacia frente a terceros antes de su constitución (es decir, antes de que tuviera validez entre el otorgante y el acreedor garantizado), el Grupo de Trabajo decidió que se sustituyera la primera oración de la recomendación 63 por el texto de la nota al pie de la recomendación 63. Se observó que en ese texto se disponía que, en casos de inscripción anticipada, la prelación regía desde el momento en que se hubiera efectuado la mera inscripción de una notificación o en que la garantía real adquiría validez frente a terceros (es decir, la prelación quedaría determinada por la inscripción o posesión y la constitución), según cuál de esos actos tuviera lugar antes. Se opinó en general que ese criterio facilitaría la inscripción anticipada y le otorgaría reconocimiento, lo que debería tener repercusiones positivas en la oferta y el costo del crédito. Se convino también en que, por las mismas razones, debería hacerse referencia a la inscripción en un registro especializado de titularidad o a la anotación en un certificado de titularidad.

68. Se formuló la sugerencia de que si el acreedor garantizado tomaba posesión de los bienes corporales antes de que se constituyera la garantía real, la prelación debería ser anterior al momento de la entrega de la posesión. Esta sugerencia fue objeto de críticas. Se argumentó que, con la excepción de los títulos valores, que no entraban en el ámbito del proyecto de guía, y de los títulos negociables y los documentos negociables con respecto a los cuales la eficacia frente a terceros obtenida mediante posesión daba un derecho superior, era difícil concebir la entrega de la posesión de bienes corporales sin que se constituyera (implícita o explícitamente) una garantía real. Se observó también que, aun cuando esas situaciones pudieran presentarse, el hecho de dar retroactivamente prelación a garantías reales con eficacia frente a terceros obtenida mediante la posesión crearía incertidumbre, ya que los terceros habrían de seguir los bienes para determinar si concedían préstamo sobre la base de esos bienes como garantía. Tras deliberar, se convino en que la cuestión se plasmara en una nota para el Grupo de Trabajo a fin de que la examinara e hiciera una evaluación de diversas prácticas.

Recomendación 64 (prelación de una garantía real inscrita en un registro de titularidad especializado o mediante una anotación en un certificado de titularidad)

69. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de la recomendación 64 (véase el párrafo 76 *infra*).

Recomendación 65 (continuidad en la prelación cuando la eficacia o validez frente a terceros se logra por más de un método)

70. El Grupo de Trabajo convino en que se enmendara la recomendación 65 para dar efecto a las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo respecto de la recomendación 63 (véase el párrafo 67 *supra*) agregando a su texto una referencia

apropiada a la inscripción. Se convino también en que se añadiera al texto una nueva recomendación en virtud de la cual, si la eficacia frente a terceros vencía, la prelación se consideraría válida a partir del momento en que quedara restablecida la eficacia frente a terceros.

Recomendación 66 (prelación de garantías reales sobre el producto)

71. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de la recomendación 66.

Recomendaciones 67 a 69 (prelación de garantías de compradores, arrendatarios y licenciatarios de bienes gravados)

72. Se expresaron opiniones divergentes sobre si la persona que comprara existencias en el curso ordinario de sus negocios quedaría o no exenta del gravamen de las garantías reales del vendedor inmediato únicamente o también del de las garantías de las personas a las que el vendedor inmediato comprara los bienes. Según una opinión, el comprador debería quedar exento únicamente de las garantías reales creadas por el vendedor inmediato (o sea, que debería mantenerse en la recomendación 67 el texto que figura entre corchetes). Se argumentó que si el comprador tomaba los bienes libres de los gravámenes de todas las garantías reales, un otorgante que actuara de mala fe podría lograr la extinción de la garantía real organizando dos ventas subsiguientes de los bienes gravados (es decir, del otorgante A al B y del B al C, tomando el C los bienes libres de las garantías reales creadas por A).

73. No obstante, prevaleció la opinión de que las personas que compraran los bienes en el curso ordinario de sus negocios deberían tomarlos libres de toda garantía real (o sea, que habría que suprimir las palabras que figuran entre corchetes). Se argumentó que era importante proteger la fiabilidad de las operaciones realizadas en el curso ordinario de los negocios. También se observó que los acreedores garantizados estarían protegidos en la medida en que su garantía real se hiciera extensiva al producto de la venta de los bienes gravados (y al producto del producto), que, suponiendo que los compradores que actuaran en el curso ordinario de los negocios actuaran con buena fe, representaría un precio razonable. Además, se señaló que los acreedores garantizados quedarían protegidos si la venta de los bienes gravados no se efectuara en el curso ordinario de los negocios del vendedor.

74. En cuanto a la redacción, se sugirió que la primera frase de la recomendación 67 se reformulara para aclarar que constituía la regla principal, mientras que la segunda frase de la recomendación 67 y las recomendaciones 68 y 69 constituían excepciones a esa regla. Esta sugerencia recibió un apoyo suficiente.

75. Tras deliberar se convino en que se suprimieran las palabras que figuraban entre corchetes en la recomendación 67 y en que se revisaran las recomendaciones 67 a 69 conforme a lo sugerido en los párrafos 72 y 74 *supra*. A reserva de esas modificaciones, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de las recomendaciones 67 a 69.

Recomendaciones suplementarias sobre la prelación de los derechos de los compradores, arrendatarios y licenciatarios de bienes gravados

76. Se sugirió que no solo las garantías reales (véanse la recomendación 64 y el párrafo 69 *supra*), sino también los derechos de los compradores, arrendatarios o licenciatarios de bienes gravados, inscritos en un registro especializado de titularidad o inscritos mediante anotación en un certificado de titularidad, deberían tener prelación sobre las garantías reales que obtuvieran eficacia frente a terceros mediante la inscripción en el registro general de garantías reales. Esta sugerencia recibió un apoyo suficiente. Se pidió a la Secretaría que preparara una recomendación.

77. Se sugirió asimismo que se diera prelación a los derechos de los compradores de bienes de consumo de buena fe sobre las garantías reales constituidas sobre bienes de consumo de bajo valor, así como sobre las garantías reales para la adquisición de bienes de consumo. Se argumentó que esa recomendación era necesaria, dado que las garantías reales sobre bienes de consumo de escaso valor y las garantías reales para adquisiciones de bienes de consumo en general estaban exentas de la obligación de inscripción (véase el párrafo 15 *supra* y A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5, recomendación 128), y, a consecuencia de ello, los compradores de bienes de consumo no podían averiguar la posible existencia de garantías reales. Se sugirió también que los compradores de bienes gravados deberían gozar de prelación sobre las garantías reales constituidas sobre cualquier bien de bajo valor. A fin de paliar la objeción de que ese enfoque tal vez no resultara apropiado para los bienes comerciales, se señaló que la recomendación podría limitarse a los bienes de consumo. Se expresó interés en esas sugerencias. Se pidió a la Secretaría que las plasmara en una nota para que el Grupo de Trabajo se ocupara ulteriormente de ellas.

Recomendación 70 (prelación de los créditos oficiales (preferentes))

78. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de la recomendación 70.

Recomendación 71 (prelación de los derechos de los acreedores judiciales)

79. Recordando su decisión sobre la recomendación 62 (véase el párrafo 66 *supra*), el Grupo de Trabajo convino en que se reformulara la recomendación 71 a fin de enunciar la regla de forma positiva y que se coordinara con la recomendación 62. En cuanto a la redacción, se sugirió que en la recomendación 71 se hiciera referencia a la "concesión de crédito" en general, y no a las "cantidades adelantadas" para cubrir los préstamos, pero también a las facilidades de crédito abiertas y a estructuras crediticias similares (por ejemplo, las cartas de crédito). Además, se convino en que se ampliara el ámbito de la recomendación incluyendo en ella a los acreedores que hubieran obtenido una orden judicial cautelar.

80. Se sugirió que se revisara la recomendación 71 a fin de dar prelación al acreedor garantizado sobre un acreedor judicial, incluso con respecto al crédito otorgado una vez dictada la resolución judicial sobre la base de compromisos contraídos anteriormente. Se argumentó que, en ausencia de tal disposición, los prestamistas, en una serie de importantes operaciones de crédito a largo plazo, serían reacios a comprometerse a conceder crédito en el futuro, ya fuera comprometiéndose a adelantar fondos o a emitir una promesa independiente y, si lo hicieran, insistirían

en que los fondos fueran retirados del depósito por el otorgante antes de que fuera necesario, lo cual ocasionaría costos suplementarios al otorgante. También se observó que, si el acreedor garantizado dejara de otorgar crédito cuando tuviera conocimiento de la resolución judicial, denegaría al otorgante liquidez o más crédito en un momento en que más lo necesitaría y ello podría provocar la insolvencia del otorgante. Se formularon reservas sobre esa sugerencia. Concretamente, se observó que, una vez dictada una resolución judicial, el prestamista no podría esperar que se le diera prelación sobre el acreedor judicial sobre la base de un mero compromiso y no otorgaría crédito. También se señaló que ese resultado se produce en la práctica a través de cláusulas en la documentación de los préstamos que dan al prestamista el derecho a dejar de otorgar crédito.

81. Durante el debate se expresó la opinión de que la cuestión se resolvería con mayor facilidad si en el proyecto de guía se dispusiera que en la notificación debería especificarse la cantidad máxima garantizada (véase A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.3, recomendación 49 d)), dado que la prelación de una garantía real podría limitarse a dicha cantidad, dejando así libres otros bienes del otorgante en beneficio de otros acreedores, como los acreedores judiciales.

82. A reserva de los cambios mencionados en el párrafo 79 *supra*, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 71, en el entendimiento de que las repercusiones analizadas se plasmarían en el comentario.

Recomendación 72 (prelación de los derechos sobre bienes por mejorar y almacenar los bienes)

83. Se sugirió que se suprimiera esa recomendación o que la prelación concedida se limitara al valor añadido o preservado, dado que tal regla de prelación no promovía la finalidad del proyecto de guía de fomentar el crédito garantizado. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en que se puntualizara que la prelación en la recomendación 72 se limitaba al valor agregado o preservado.

Recomendación 73 (prelación de los derechos de reclamación)

84. El Grupo de Trabajo convino en que se suprimieran las palabras "un determinado hecho especificado en el contrato de compraventa". Se observó que, en la práctica, los derechos de reclamación nacían en virtud de la ley a raíz de un incumplimiento o de la insolvencia financiera de un comprador. A reserva de este cambio, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 73.

Recomendación 74 (prelación de las garantías reales sobre títulos negociables)

85. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de la recomendación 74.

Recomendación 75 (prelación de las garantías reales sobre derechos al cobro del producto de promesas independientes)

86. Se convino en que la recomendación 75 (véase A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.2, recomendación 62) se analizara conjuntamente con otras recomendaciones que trataban de las garantías reales sobre derechos al cobro de garantías independientes (véase A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.2).

Recomendaciones 76 a 78 (prelación de las garantías reales sobre cuentas bancarias)

87. Se expresaron una serie de reservas. Una de ellas consistía en que en la recomendación 76 no se abordaban los conflictos de prelación entre una garantía real sobre una cuenta bancaria hecha eficaz frente a terceros mediante control y una garantía real sobre la misma cuenta bancaria a la que se hubiera dado eficacia frente a terceros mediante otro método (por ejemplo, sobre la cuenta bancaria como producto). A fin de paliar este problema, se sugirió que una garantía real a la que se hubiera dado eficacia frente a terceros mediante control debería gozar de prelación sobre una garantía que tuviera eficacia frente a terceros gracias a otro método. Esta sugerencia obtuvo un apoyo suficiente.

88. Otro problema planteado era que el bien gravado no era la cuenta bancaria en sí sino el derecho a reclamar los fondos depositados en la cuenta. A fin de paliar el problema, se sugirió que se revisara la definición de "cuenta bancaria". También se objetó que el término "control" inducía a error, pues daba a entender una posesión física. Con respecto a la definición de "control" (véase A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.3, nota a continuación de la recomendación 42), se objetó que muchos países no podrían aplicarla, como tampoco podrían aplicar las reglas de prelación en que se basaba, por ejemplo, porque, en virtud del derecho bancario, los bancos no pueden aceptar instrucciones respecto de una cuenta provenientes de una persona que no sea el titular de la cuenta y, además, una cuenta bancaria no se transferiría al acreedor garantizado sino que los fondos de dicha cuenta se traspasarían a la cuenta del acreedor garantizado. Para paliar esos problemas se propuso que se revisaran las definiciones de "cuenta bancaria" y de "control". Esta sugerencia obtuvo apoyo suficiente.

89. Con respecto a la recomendación 77, se convino en que habría que hacer referencia a que el derecho de compensación no se vería obstaculizado por una garantía real y que no existiría al menos que fuera creado en virtud de otra ley.

90. A reserva de los cambios mencionados más arriba (véanse los párrafos 87 a 89), el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de las recomendaciones 76 a 78.

Recomendaciones 79 (prelación de las garantías reales sobre dinero) y 80 a 81 (prelación de las garantías reales sobre documentos negociables y bienes amparados por documentos negociables)

91. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de las recomendaciones 79 a 81.

Recomendaciones 82 a 84 (prelación de las garantías reales sobre bienes inmuebles por destino)

92. Se formularon diversas sugerencias. En una de ellas se propuso que las recomendaciones 82 y 83 hicieran referencia a los derechos de los compradores, de los arrendatarios y de otras partes que tuvieran derechos sobre bienes inmuebles por destino pertenecientes a bienes inmuebles. También se sugirió que se ajustara el texto de las recomendaciones 82 y 83 de modo que ambas hicieran referencia a la inscripción en el registro de la propiedad inmobiliaria. Asimismo se sugirió que se retuviera la recomendación 83, pero sin corchetes, y que se suprimieran las palabras que figuraban entre paréntesis (véase el párrafo 33 *supra*). A reserva de estos cambios, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de las recomendaciones 82 y 83.

Por lo que se refiere a la recomendación 84, se convino en que fuera suprimida, ya que en ella se repetía la regla general.

Recomendación 85 (prelación de las garantías reales sobre masas de bienes o de producto)

93. Se convino en que se mantuviera en el texto el párrafo a) como recomendación separada, referente a las garantías reales sobre bienes inmuebles por destino pertenecientes a bienes muebles con respecto a los cuales existiera un registro especializado o un sistema de certificados de titularidad. Con respecto al párrafo b) se convino en que en el comentario se mencionaran ejemplos de reglas de prelación que sirvieran de orientación para los Estados. También se convino en que en el comentario se analizaran cuestiones de caracterización, por ejemplo, las garantías reales sobre alquileres o cosechas, que en algunos ordenamientos estaban sujetas al régimen de los bienes muebles, mientras que en otros estaban reguladas por el régimen de los bienes inmuebles.

Capítulo X. Mecanismos de financiación de adquisiciones (A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5, recomendaciones 125 a 135)

94. Por falta de tiempo, el Grupo de Trabajo decidió examinar únicamente las recomendaciones 133 y 134.

Recomendación 133 (prelación de las garantías reales de pago de adquisiciones sobre el producto de las existencias)

95. El Grupo de Trabajo consideró que el texto de la recomendación 133 que figuraba entre corchetes (enfoque unitario y no unitario), en virtud del cual la prioridad absoluta de una garantía real para compras sobre el producto no se haría extensiva al producto que revistiera la forma de créditos por cobrar. Se expresaron opiniones divergentes. Tras deliberar, se convino en que se mantuviera el texto de la recomendación 133 entre corchetes.

Recomendación 134 (ejecución)

96. Se apoyó tanto el enfoque unitario como el no unitario. En cuanto a las opciones para aplicar el enfoque no unitario se apoyaron y criticaron ambas variantes. Se hizo especial hincapié en la necesidad de preservar la equivalencia funcional entre los diversos mecanismos. Al mismo tiempo se dio apoyo a la idea de que se preservara la flexibilidad de los Estados en la aplicación del enfoque no unitario. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de la recomendación 134 (enfoque unitario). En cuanto a las variantes que figuraban en la recomendación 134 (enfoque no unitario), el Grupo convino en que se mantuvieran en el texto. También se convino en que en el comentario se profundizaran los análisis para explicar en detalle las formas en que esas opciones podrían ser aplicadas y sus consecuencias concretas.

V. Labor futura

97. Dadas las expectativas de la Comisión de que se apruebe en principio el contenido de las recomendaciones del proyecto de guía en su 39º período de sesiones, cuya celebración está prevista en Nueva York del 19 de junio al 7 de julio de 2006, el Grupo de Trabajo decidió celebrar un período de sesiones extraordinario, que será el décimo y que tendrá lugar en Nueva York del 1 al 5 de mayo de 2006. El Grupo de Trabajo señaló que su 11º período de sesiones tendría lugar en Viena del 4 al 8 de diciembre de 2006, aunque esas fechas están sujetas a la aprobación que habrá de dar la Comisión en su 39º período de sesiones.

E. Nota de la Secretaría sobre garantías reales: recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, presentada al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su noveno período de sesiones

(A/CN.9/WG.VI/WP.24 y Add.1 a Add.5) [Original: inglés]

ÍNDICE

Párrafos

XIII. Conflicto de leyes 136-154

XIII. Conflicto de leyes*

Finalidad

La finalidad de las disposiciones sobre conflicto de leyes es determinar el derecho aplicable a cada una de las siguientes cuestiones: la constitución de una garantía real; los derechos y obligaciones entre el acreedor garantizado y el otorgante con anterioridad al incumplimiento; la eficacia de una garantía real frente a terceros; la prelación de una garantía real sobre los derechos de otras partes reclamantes; y la ejecución de una garantía real[25].

Estas disposiciones serán aplicables a: i) los derechos que no sean "garantías reales" pero que entren en el ámbito de la presente Guía (véase la recomendación 3 f)); y ii) en los Estados que han promulgado un sistema no unitario con respecto a los mecanismos de financiación de adquisiciones, a los derechos de un vendedor o de un arrendador financiero de bienes que conserve la titularidad de los bienes.

Garantías sobre bienes corporales

136. El régimen debería disponer que, salvo si en las recomendaciones 140 y 142 se dispone otra cosa, la constitución de toda garantía real sobre bienes corporales, su eficacia frente a terceros y su prelación sobre los derechos de otras partes reclamantes se regirán por las leyes del Estado en que esté situado el bien gravado. No obstante, cuando se trate de garantías sobre bienes corporales que suelen utilizarse en más de un Estado, el régimen debería disponer que esas cuestiones se rijan por las leyes del Estado en que esté situado el otorgante. [Con respecto a las garantías reales sobre el tipo de bienes corporales mencionados en la frase anterior que están sujetos a un sistema de inscripción de titularidad, el régimen debería disponer que esas cuestiones se rijan por la ley del Estado bajo cuya jurisdicción se mantenga el registro.]

---

* Recomendaciones preparadas en estrecha colaboración con la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado.

[25] El significado de esos términos se explica en detalle en los capítulos IV, V, VI, VII y VIII.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: En el comentario se explicará que la aplicación de la recomendación 136 a los títulos negociables y a los documentos negociables está sujeta a la excepción limitada que se enuncia en la recomendación 140, conforme a la cual la ley de la ubicación del otorgante determina, en circunstancias concretas, si con la inscripción registral hay eficacia frente a terceros. En el comentario se explicará asimismo que la recomendación 142 prevé una opción suplementaria para la ley que rija la constitución de garantías y la eficacia frente a terceros de las garantías reales sobre bienes en tránsito y bienes de exportación.*

En el octavo período de sesiones del Grupo de Trabajo se observó que la regla enunciada en la segunda frase de la recomendación 136 no debería ser aplicable si los bienes están sujetos a sistemas especializados de inscripción registral (véase A/CN.9/588, párr. 87). Se han agregado palabras entre corchetes en la recomendación 136 para que el Grupo de Trabajo examine esta cuestión. El Grupo de Trabajo tal vez desee centrarse en la descripción exacta de los tipos de bienes a los que debería aplicarse esta regla (por ejemplo, buques o aeronaves).

Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si una regla del tenor de la recomendación 140 debería ser aplicable a las garantías reales sobre bienes corporales regulados por la recomendación 136. En caso de serlo, si la ubicación del otorgante prevé la eficacia frente a terceros mediante inscripción registral, la única ley aplicable a la eficacia frente a terceros de garantías reales que no lo sean mediante la posesión sería la ley de la ubicación del otorgante, y no la de la ubicación de los bienes.]

Garantías reales sobre bienes inmateriales

137. El régimen debería disponer que la constitución de toda garantía sobre bienes inmateriales, su eficacia frente a terceros y su prelación sobre los derechos de otras partes reclamantes se rijan por las leyes del Estado en que esté situado el otorgante. [Sin embargo, con respecto a las garantías reales sobre bienes inmateriales que están sujetos a un sistema de inscripción registral, el régimen debería disponer que esas cuestiones se rijan por la ley del Estado en que [...].]

[*Nota para el Grupo de Trabajo: En el comentario se explicará que la recomendación 137, que refleja el principio enunciado en los artículos 22 y 30 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, será aplicable, por ejemplo, a los créditos por cobrar. La segunda frase entre corchetes tiene la finalidad de señalar al Grupo de Trabajo la posibilidad de que podría ser aplicable una ley distinta a otros bienes inmateriales que estuvieran sujetos a inscripción de la titularidad, tales como los derechos de propiedad intelectual (por ejemplo, la* lex loci protectionis*, para las patentes y las marcas comerciales y la* lex loci protectionis *o la* lex originis *para los derechos de autor).*]

Garantías sobre los derechos al producto del cobro de una promesa independiente

138. [Véase el documento A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.2.]

Garantías sobre cuentas bancarias

139. Salvo que en la recomendación 140 se disponga otra cosa, el régimen debería disponer que la constitución de toda garantía real sobre una cuenta bancaria, su eficacia frente a terceros, su grado de prelación sobre los derechos de otras partes reclamantes, los derechos y obligaciones del banco depositario con respecto a la garantía y la ejecución de ésta se rijan por

Variante A

> la ley del Estado expresamente designado en el acuerdo sobre la cuenta para regularlo o, si en él se estipulara expresamente la aplicabilidad de otra ley a todas esas cuestiones, por esa otra ley. No obstante, la ley invocada en la presente recomendación únicamente será aplicable si el banco depositario, en el momento de concertar el acuerdo sobre la cuenta, posee en ese Estado una oficina normalmente encargada de administrar cuentas bancarias. El régimen debería asimismo especificar que, de no ser determinada la ley aplicable conforme a las dos frases anteriores, la ley aplicable se determinaría en virtud de las reglas supletorias basadas en el artículo 5 del Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en poder de un intermediario.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: La variante A es una versión abreviada del enfoque seguido en los artículos 4.1 y 5 del Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en poder de un intermediario (en adelante "el Convenio de La Haya sobre los Valores"). En el comentario se incorporarán en detalle las reglas supletorias detalladas del Convenio de La Haya con suficiente explicación.*]

Variante B

> la ley del Estado en que el banco que administre la cuenta bancaria tenga su establecimiento. En caso de que haya más de un establecimiento, se hará referencia al lugar en que se encuentra la filial que administre la cuenta.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee abordar la cuestión de si en la variante B deben preverse métodos para determinar la filial que administra la cuenta.*]

Eficacia de las garantías reales frente a terceros en determinados tipos de bienes con inscripción registral

140. Si el Estado en que está situado el otorgante reconoce la inscripción registral como método para que las garantías reales sobre cualquiera de los siguientes tipos de bienes gravados surtan efecto frente a terceros, la ley de ese Estado determinará si, mediante la inscripción registral efectuada conforme a la legislación de ese Estado, la garantía real sobre esos bienes gravados es eficaz frente a terceros:

a) Títulos negociables;

b) Documentos negociables; y

c) Cuentas bancarias.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: En el comentario se explicará que la recomendación 140 prevé que el Estado cuya legislación prevé la eficacia frente a terceros mediante la inscripción registral en lo que respecta a garantías reales de determinados tipos de bienes es el mismo Estado cuya legislación rige la eficacia frente a terceros de garantías reales sobre bienes inmateriales. Así pues, los acreedores garantizados que traten de lograr la eficacia frente a terceros mediante la inscripción de garantías reales sobre determinados tipos de bienes y sobre bienes inmateriales deberán cumplir con el sistema de inscripción registral en solo un Estado. Del mismo modo, los terceros que traten de determinar si un acreedor garantizado reclama una garantía real sobre determinados tipos de bienes o sobre bienes inmateriales solo deberán consultar el sistema registral de un único Estado. La recomendación 140 es únicamente aplicable a la eficacia frente a terceros a través de la inscripción registral (no mediante el control o algún otro método) y no determina la ley que rige la prelación. En virtud de las recomendaciones 61 a 66, enunciadas en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.1, toda garantía real sobre determinados tipos de bienes hecha efectiva frente a terceros mediante inscripción registral está subordinada a la garantía hecha efectiva frente a terceros mediante control o posesión.*]

Garantías reales sobre el producto

141. El régimen debería disponer que:

a) La constitución de toda garantía real sobre el producto de un bien se rija por la ley [del Estado cuya ley regula] [que regula] la constitución de la garantía real sobre el bien originalmente gravado del cual derive el producto; y

b) La eficacia frente a terceros de toda garantía real sobre el producto de un bien y su prelación sobre los derechos de otras partes reclamantes se rijan por la misma ley [del Estado cuya ley regula] [que regula] la eficacia frente a terceros de la garantía real constituida sobre los bienes originalmente gravados del mismo tipo que el producto, así como la prelación de otras partes reclamantes de tal garantía.

Garantías reales sobre mercancías en tránsito y mercancías de exportación

142. El régimen debería disponer que toda garantía real sobre bienes corporales (que no sean títulos negociables ni documentos negociables) que estén en tránsito o que se vayan a exportar del Estado en que se encuentren en el momento de constituirse la garantía real también pueda constituirse y hacerse valer frente a terceros con arreglo a las leyes del Estado de destino final, siempre y cuando los bienes lleguen a ese Estado en un breve plazo de [número especificado] días a contar desde el momento en que se constituya la garantía.

[*Nota para el Grupo de Trabajo*: *En el comentario se explicará que es posible constituir garantías reales sobre mercancías en tránsito y mercancías de exportación y dar a dichas garantías eficacia frente a terceros en virtud de la recomendación 136, de conformidad con la ley del país en que las mercancías estén ubicadas en el momento de constituirse la garantía o, en virtud de la recomendación 142, de conformidad con la ley del país de su destino final. En el comentario se explicará asimismo que la ley del Estado de destino final de las mercancías que rija la constitución de garantías y la eficacia frente a terceros será aplicable incluso en el caso de un concurso con derechos concurrentes que fueron*

creados y hechos efectivos frente a los terceros cuando las mercancías de exportación se encontraban en el Estado de origen. Además, en el comentario se explicará que la regla de esta recomendación: i) es aplicable a los bienes gravados que viajen, tanto si van acompañados como si no lo van de documentos negociables relativos a las mercancías; ii) no es aplicable a los bienes gravados que no viajen, independientemente de que los documentos negociables relativos a las mercancías sí viajen; y iii) no es aplicable a los documentos negociables gravados tanto si viajan como si no.]

Significado de la "ubicación" del otorgante

143. El régimen debería disponer que, a efectos de las recomendaciones del presente capítulo, el otorgante estará situado en el Estado en que se encuentre su establecimiento. Si está establecido en más de un Estado, su establecimiento será aquel en que ejerza la administración central. Si no tiene un establecimiento, se hará referencia a su residencia habitual.

Momento aplicable al determinar la ubicación

144. El régimen debería disponer que:

a) Salvo en lo dispuesto en el párrafo b), cuando en las recomendaciones del presente capítulo se mencione la ubicación de los bienes o del otorgante, se interprete que se hace referencia, a efectos de las cuestiones relacionadas con la constitución de la garantía real, al lugar en que se encontraban los bienes en el momento de constituirse la garantía real y, a efectos de las cuestiones relativas a la eficacia frente a terceros y la prelación, al lugar en que se encontraban los bienes en el momento de plantearse la cuestión;

b) Si los derechos de las partes reclamantes concurrentes sobre un bien gravado nacieron antes del cambio de ubicación del bien o del otorgante, cuando en las recomendaciones del presente capítulo se mencione la ubicación de los bienes o del otorgante (conforme sea pertinente para las recomendaciones del presente capítulo) se entenderá, en lo que respecta a la eficacia frente a terceros y a las cuestiones de prelación, como una referencia al lugar anterior al cambio de ubicación.

Continuación de la eficacia frente a terceros tras el cambio de ubicación

145. El régimen debería disponer que cuando una garantía real surta efecto frente a terceros con arreglo a las leyes de un Estado en el que (según sea pertinente para las recomendaciones del presente capítulo) se encuentren los bienes y el otorgante y cuando se produce un cambio de ubicación a ese Estado (es decir, en el Estado que haya promulgado la ley), la garantía sigue surtiendo efecto frente a terceros en virtud de las leyes del Estado durante un período de [por determinar] días después de que los bienes gravados o el otorgante (según proceda conforme a las recomendaciones del presente capítulo) se hayan desplazado a ese Estado. Si los requisitos establecidos por la ley de ese Estado para validar la garantía real se cumplen antes de la expiración de ese plazo, la garantía seguirá surtiendo efecto posteriormente en virtud de las leyes de dicho Estado. A efectos de cualquier regla de ese Estado en virtud de la cual el momento de inscripción u otro método de lograr la eficacia frente a terceros sea importante para determinar la prelación,

ese momento será el momento en que se produjo tal acontecimiento en virtud de la ley del Estado en el que los bienes gravados o el otorgante se encontraban antes de desplazarse a ese Estado.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: en el comentario se explicará que la aplicación de la disposición recomendada no se basa en la reciprocidad; es decir, tendrá validez aunque el Estado en que anteriormente se encontraran los bienes gravados o el otorgante haya o no promulgado una disposición equivalente para regular la situación inversa en caso de desplazamiento de los bienes gravados o del otorgante a ese último Estado. En el comentario se explicará asimismo que la recomendación 145 será aplicable: i) si el bien o el otorgante se desplaza de un Estado promulgante o de un Estado no promulgante a un Estado promulgante. La recomendación 145 (o la Guía) no será aplicable si: i) el bien o el otorgante se desplaza de un Estado promulgante o de un Estado no promulgante a un Estado no promulgante. Además, en el comentario se explicará que el efecto de la última frase de esta recomendación es que el criterio para la prelación del Estado receptor es el momento en el que se produjo el acontecimiento pertinente para lograr, en otro Estado, la eficacia frente a terceros.*]

Derechos y obligaciones del otorgante y del acreedor garantizado

146. El régimen debería disponer que los derechos y obligaciones recíprocos del otorgante y del acreedor garantizado con respecto a la garantía real derivados del acuerdo de garantía o establecidos por la ley se rijan por la ley que hayan elegido y, si no hubieran elegido la ley aplicable, por la ley que regule el acuerdo de garantía.

Derechos y obligaciones del deudor de una cuenta y del cesionario, del sujeto pasivo de una obligación en virtud de un título negociable o del emisor de un documento negociable y del cesionario

147. El régimen debería disponer que todo Estado cuya legislación regule los créditos por cobrar, los títulos negociables transferidos o los documentos negociables transferidos debería reglamentar por ley:

a) La relación entre el deudor de una cuenta y el cesionario del crédito por cobrar, entre el sujeto pasivo de una obligación en virtud de un título negociable y el cesionario de dicho título o entre el emisor de un documento negociable y el cesionario de dicho documento;

b) Las condiciones en que la cesión de un crédito por cobrar, la transferencia de un título negociable o la transferencia de un documento negociable pueden invocarse frente al deudor de una cuenta, al sujeto pasivo de una obligación relativa a un título negociable o al emisor de un documento negociable; y

c) La determinación de si las obligaciones del deudor de una cuenta, del sujeto pasivo de una obligación relacionada con un título negociable o del emisor de un documento negociable se han cumplido.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el proyecto de guía figuran recomendaciones tanto sustantivas como de derecho internacional privado con respecto a los derechos y obligaciones de un garante/emisor o de una persona designada (recomendaciones 25* bis*, 25* ter *en A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.2 y 138), sobre un banco de depósito (recomendaciones 26*

en A/CN.9/WG.VI/WP.21 y 139), sobre el deudor de una cuenta en caso de una cesión de créditos por cobrar (recomendaciones 17 a 23 en A/CN.9/WG.VI/WP.21 y 147) y sobre un sujeto pasivo de una obligación contraída en virtud de un título negociable (recomendaciones 24, en A/CN.9/WG.VI/WP.21 y 147). En el proyecto de guía figura asimismo una recomendación de derecho sustantivo relativa a los derechos y obligaciones del emisor de un título negociable (recomendación 109 en A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.2). El Grupo de Trabajo tal vez desee ampliar el alcance de la recomendación 147 para que abarque también la relación entre el emisor de un documento negociable y el cesionario del documento, ya que existe la misma relación tripartita en el caso de la transferencia de un documento negociable y cabría aplicar la misma regla de conflicto de leyes.

El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota también de que la recomendación 3 f), en A/CN.9/WG.VI/WP.21, prevé que las transferencias absolutas (o puras) de créditos por cobrar están "generalmente" incluidas. No obstante, en la definición de "crédito por cobrar", en el párrafo 21 o) del documento A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1 se excluyen los derechos de pago en virtud de un título negociable, la obligación de pago en virtud de una promesa independiente y la obligación de pagar en relación con una cuenta bancaria. En consecuencia, las transferencias absolutas de todos estos tipos de obligaciones quedan excluidas del ámbito de aplicación del proyecto de guía y quedan al arbitrio de otras leyes que rigen las operaciones no garantizadas. Si bien este resultado puede ser apropiado con respecto a las obligaciones pagaderas en virtud de promesas independientes y de cuentas bancarias, que están sujetas a reglas especiales y que se han excluido también del ámbito de aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, tal vez no resulte apropiado en relación con las obligaciones pagaderas en virtud de títulos negociables. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la cuestión y adoptar una decisión pronunciándose sobre si la obligación de pagar en virtud de un título negociable debería quedar englobada en el texto, teniendo en cuenta que, para ello, habría que adoptar tal vez recomendaciones especiales.]

Ejecución de las garantías reales

148. Con la salvedad de lo dispuesto en las recomendaciones sobre la ley aplicable a la ejecución de garantías reales una vez iniciado un procedimiento de insolvencia que afecte a los bienes del otorgante, la ley debería disponer que las cuestiones relativas a la ejecución de una garantía real se rigen por

Variante A

la ley del Estado en que tiene lugar la ejecución.

Variante B

la ley que rige el acuerdo de garantía. Sin embargo, un acreedor garantizado puede tomar posesión de bienes corporales gravados sin el consentimiento de la persona que esté en posesión de ellos, pero solo puede hacerlo de conformidad con la ley del Estado en que dichos bienes se encuentren en el momento en que el acreedor garantizado tome posesión de ellos.

Repercusiones de la insolvencia sobre el derecho aplicable

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Véanse la recomendación K y la nota correspondiente de la presente Guía en relación con la insolvencia, (A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.3), cuyos textos son los siguientes: "El régimen deberá especificar que, no obstante la apertura de un procedimiento de insolvencia, la creación, eficacia frente a terceros, prelación y ejecución de un derecho garantizado se regirán por la ley que se aplicaría en caso de no existir el procedimiento de insolvencia. Esta recomendación no afecta a la aplicación de ninguna norma relativa a la insolvencia, incluidas las relacionadas con la anulación, prelación o ejecución de derechos garantizados. Véanse también las recomendaciones 30 y 31 de la Guía sobre la Insolvencia. En el comentario se aclararán las relaciones existentes entre esta recomendación y las recomendaciones 30 y 31 de la Guía sobre la Insolvencia. También se explicará que esta recomendación se refiere a las reglas de la insolvencia prescindiendo de si se califican de normas procesales, sustantivas, jurisdiccionales o de otra índole.*]

Exclusión de la remisión

149. El régimen debería disponer que toda remisión, en las recomendaciones del presente capítulo, a "la ley" de otro Estado como ley que rige una determinada cuestión deberá entenderse como la ley vigente en ese Estado para cuestiones que no sean las reglas sobre conflictos de leyes.

Orden público y reglas imperativas desde una perspectiva internacional

150. El régimen debería disponer que:

a) El tribunal del foro solo puede negarse a aplicar la ley determinada en las recomendaciones del presente capítulo cuando los efectos de su aplicación sean manifiestamente contrarios al orden público del foro;

b) El tribunal del foro podrá aplicar las disposiciones de su propia ley que, independientemente de las reglas sobre conflictos de leyes, deban aplicarse incluso a situaciones internacionales; y

c) Las reglas enunciadas en los párrafos a) y b) no permiten la aplicación de disposiciones de la ley del foro a la eficacia frente a terceros o a la prelación entre diversas partes reclamantes, a menos que la ley del foro sea la ley aplicable en virtud de las recomendaciones del presente capítulo.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: En el comentario se explicará el concepto de orden público y de reglas imperativas desde una perspectiva internacional a las que se alude en la recomendación 150. Los apartados a) y b), que siguen el enunciado del artículo 11.1 y 11.2 del Convenio de La Haya sobre los Valores, se han preparado atendiendo a una sugerencia formulada en el octavo período de sesiones del Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/588, párr. 107). El apartado c), que sigue el texto del artículo 11.3 del Convenio de La Haya, se ajusta también a los artículos 30 a 32 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos. Su finalidad es asegurar que con la aplicación de la ley del foro no se merme la certeza de la ley aplicable a la eficacia frente a terceros y a la prelación de una garantía real logradas por medio de las recomendaciones del presente capítulo.*]

Reglas especiales cuando el derecho aplicable es el de un Estado con varias unidades territoriales

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que las recomendaciones 151 a 154 tienen la finalidad de anticiparse y ofrecer certeza en cuanto a la aplicación de las recomendaciones no solo por un Estado unitario por varias unidades territoriales sino también, y sobre todo, por un Estado unitario cuando la ley aplicable sea la ley de un Estado compuesto por varias unidades territoriales. Si el Grupo de Trabajo considera que estas recomendaciones son demasiado detalladas para una guía, tal vez desee plantearse la posibilidad de que estas cuestiones se aborden en el marco de recomendaciones más generales, agregando explicaciones apropiadas en el comentario*.]

151. El régimen debería disponer que, al aplicar las recomendaciones del presente capítulo a situaciones en que el Estado cuya ley rige una cuestión sea un Estado integrado por varias unidades territoriales:

a) A reserva de lo dispuesto en el párrafo b), toda referencia a la ley de un Estado compuesto por varias unidades territoriales se entenderá referida a la ley de la unidad territorial pertinente (determinada sobre la base de la ubicación del otorgante o de un bien gravado o, si no, en virtud de las recomendaciones del presente capítulo) y, en la medida en que sea aplicable a dicha unidad territorial, se entenderá referida a la ley del Estado integrado por varias unidades territoriales propiamente dicho;

b) Cuando la ley vigente en una unidad territorial de un Estado compuesto por varias unidades territoriales designe la ley de otra unidad territorial de dicho Estado para regir la eficacia frente a terceros o la prelación, será la ley de esa otra unidad territorial la que regule la cuestión.

152. El régimen debería disponer que si, en virtud de las recomendaciones del presente capítulo, la ley aplicable es la de un Estado compuesto por varias unidades territoriales o la de una de sus unidades territoriales, será la elección interna de las reglas jurídicas vigentes de dicho Estado multiterritorial la que determinará si se aplicarán las reglas sustantivas de derecho del Estado multiterritorial o las de una determinada unidad territorial de dicho Estado.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que las recomendaciones 151 y 152 siguen el texto de los artículos 12.2 y 12.3 del Convenio de La Haya sobre los Valores, respectivamente. El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse una definición de "Estado con varias unidades territoriales" del tenor de la que figura en el artículo 1 1) m) del Convenio de La Haya (se entenderá por "Estado multiunitario" todo Estado dotado de un régimen en el que el Estado y dos o más de sus unidades territoriales o, simultáneamente, el Estado y una o más de sus unidades territoriales, disponen de sus propias reglas de derecho que regulan algunas de las cuestiones especificadas en las recomendaciones de la presente Guía).*]

153. El régimen debería disponer que, cuando el titular de una cuenta y el banco de depósito hayan convenido en aplicar la ley de una determinada unidad territorial de un Estado integrado por varias unidades territoriales:

a) La palabra "Estado", que figura en la primera frase de la recomendación 139 (variante A) se entenderá referida a dicha unidad territorial;

b) Las palabras “dicho Estado”, en la segunda frase de la recomendación 139 (variante A) se entenderán referidas al Estado multiunitario propiamente dicho.

154. El régimen debería disponer que se aplicará la ley de una unidad territorial cuando:

a) En virtud de la recomendación 139 (variante A) y de la recomendación 153, la ley designada sea la de la unidad territorial de dicho Estado multiunitario;

b) En virtud de la ley de dicho Estado, la ley de una unidad territorial se aplique únicamente cuando el banco de depósito tenga una oficina en el territorio de la unidad territorial que cumpla los requisitos especificados en la segunda frase de la recomendación 139 (variante A); y

c) La regla descrita en el párrafo b) esté vigente en el momento en que se haya constituido la garantía real sobre la cuenta bancaria.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Las recomendaciones 153 y 154, que siguen el texto de los párrafos 1 y 4 del artículo 12 del Convenio de La Haya, respectivamente, pueden ser necesarias si el Grupo de Trabajo decide adoptar la variante A de la recomendación 139.*]

A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.1

Informe del Secretario General: recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

ADICIÓN

ÍNDICE

		Párrafos
VII.	Derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento	86-87
VIII.	Incumplimiento y vía ejecutoria	88-124

VII. Derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento

Finalidad

Las disposiciones sobre el régimen aplicable a los derechos y obligaciones de las partes antes del incumplimiento tienen por objeto:

a) Prever cláusulas suplementarias para todo acuerdo de garantía con objeto de dar a las operaciones garantizadas una mayor eficiencia y previsibilidad;

b) Reducir los gastos de las operaciones eliminando la necesidad de negociar y redactar cláusulas para los acuerdos de garantía que ofrezcan una base aceptable para concertar un acuerdo;

c) Reducir las posibilidades de que surjan controversias;

d) Brindar a las partes orientación en la redacción del acuerdo de garantía o facilitarles una lista de referencia a la que puedan remitirse durante la negociación y la concertación del acuerdo de garantía; y

e) Promover la autonomía de las partes.

Autonomía contractual de las partes

86. [Salvo si se dispone otra cosa en [especifíquense las disposiciones a las que no puede hacerse excepción o que no puedan modificarse mediante acuerdo], el régimen debería disponer que el acreedor garantizado y el otorgante podrán hacer excepción, mediante acuerdo, a sus respectivos derechos y obligaciones, o modificarlos. Ese acuerdo no debería afectar a los derechos de toda persona que no fuera parte en el acuerdo.]

[*Nota para el Grupo de Trabajo: La recomendación 86 será trasladada a las disposiciones generales del proyecto de Guía (véase A/CN.9/588, párr. 47).*]

Reglas supletorias

87. La ley debería prever reglas supletorias, de carácter no imperativo, que sean aplicables, salvo acuerdo en contrario de las partes. Estas reglas deberían, entre otras cosas:

a) Obligar al otorgante o al acreedor garantizado que esté en posesión de los bienes gravados a mantener dichos bienes en buenas condiciones;

b) Preservar los derechos inherentes a las garantías reales, incluido el derecho a percibir el producto o los frutos civiles derivados del bien gravado;

c) Conceder al otorgante el derecho a continuar explotando sus negocios, incluido el derecho a utilizar y a mezclar los bienes gravados, así como a disponer de ellos, en el curso ordinario de sus negocios; y

d) Garantizar la liquidación de la garantía real una vez que la obligación que esa garantía respalda haya sido pagada o cumplida de cualquier otra forma.

VIII. Incumplimiento y vía ejecutoria

Finalidad

Las disposiciones sobre el régimen aplicable al incumplimiento y a la vía ejecutoria tienen por objeto:

a) Prever procedimientos claros y sencillos para ejecutar las garantías reales de forma previsible y eficiente al producirse un incumplimiento por parte del deudor;

b) Prever procedimientos con los que se incremente al máximo el valor de la posible liquidación de los bienes gravados para el otorgante, el acreedor garantizado y otros acreedores del otorgante;

c) Prever la aplicación de métodos judiciales agilizados y, a reserva de la aplicación de las salvaguardias apropiadas, de métodos extrajudiciales para que el acreedor garantizado obtenga el valor de la liquidación de los bienes gravados;

d) Coordinar el régimen de ejecución de las operaciones garantizadas con otras disposiciones legales que rijan la ejecución de los créditos sobre bienes gravados, incluido el régimen de la insolvencia.

Aplicación del presente capítulo a las transferencias absolutas de créditos por cobrar

88. El régimen debería disponer que el presente capítulo será aplicable a la ejecución de los derechos de un cesionario de créditos por cobrar adquiridos por medio de una transferencia absoluta, pero lo será únicamente cuando, conforme a los términos de la transferencia, se recurra al cedente en caso de impago del deudor de la cuenta.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que la recomendación 88 tiene la finalidad de aclarar que, si bien la presente Guía es aplicable en general a las transferencias absolutas de créditos por cobrar, el presente capítulo es únicamente aplicable a las transferencias absolutas de créditos por cobrar efectuadas por razones de garantía.*]

Normas generales de conducta

89. El régimen debería prever que todas las partes deberán ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones conforme a las recomendaciones del presente capítulo, actuando de buena fe y de forma razonable desde el punto de vista mercantil.

Responsabilidad en caso de incumplimiento de las recomendaciones del presente capítulo

89 *bis*. El régimen debería disponer que toda parte que incumpla las recomendaciones del presente capítulo incurrirá en responsabilidad por toda pérdida ocasionada por dicho incumplimiento.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee analizar si los principios enunciados en las recomendaciones 89 y 89* bis *deben ser aplicables, cuando proceda, en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones enunciadas en todos los capítulos de la Guía.*]

Autonomía de las partes

90. El régimen debería disponer que la norma general de conducta de la recomendación 89 no podrá ser objeto de una excepción unilateral ni podrá modificarse mediante acuerdo en ningún momento.

[91.] A reserva de lo dispuesto en la recomendación 90, el régimen debería disponer que: i) el otorgante y cualquier otra persona que adeude un pago o que deba cumplir una obligación garantizada frente a otra persona solo podrá hacer excepción unilateralmente a cualquiera de los derechos y recursos que le confieren las recomendaciones del presente capítulo o modificarlos cuando haya habido incumplimiento, y que ii) el acreedor garantizado podrá en todo momento hacer excepción unilateralmente o mediante acuerdo a cualquiera de los derechos y recursos que le confieren las recomendaciones del presente capítulo. Tal acuerdo no afectará los derechos de terceros que no sean partes en él. La persona que impugne el acuerdo deberá demostrar que este se celebró antes del incumplimiento o que era incompatible con la recomendación 90.

Derechos y recursos tras el incumplimiento

92. Tal como se dispone más específicamente en otras recomendaciones del presente capítulo, el régimen debería prever que, al producirse el incumplimiento, el otorgante y el acreedor garantizado dispondrán de los derechos y recursos establecidos en las recomendaciones del presente capítulo en el acuerdo de garantía (excepto si este es incompatible con las recomendaciones imperativas del presente capítulo) y en cualquier otra legislación.

Recursos para el acreedor garantizado

93. Tal como se dispone más específicamente en otras recomendaciones del presente capítulo, el régimen debería disponer que tras el incumplimiento el acreedor garantizado tendrá acceso a uno o más de los siguientes recursos con respecto a un bien gravado:

a) Obtener la posesión de un bien corporal gravado;

b) Cobrar el valor de un bien gravado que sea un crédito por cobrar, un título negociable, una cuenta bancaria o el derecho a cobrar el producto de una garantía independiente;

c) Ejercer sus derechos en virtud de un documento negociable;

d) Enajenar un bien gravado;

e) Proponer al otorgante que el acreedor garantizado acepte los bienes gravados a modo de cumplimiento total o parcial de las obligaciones garantizadas; y

f) Cualquier otro recurso previsto en el acuerdo de garantía (excepto si es incompatible con las recomendaciones imperativas del presente capítulo) o en cualquier otra regla de derecho.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que se agregará a las disposiciones generales de la Guía la regla de interpretación conforme a la cual el empleo del singular incluye también al plural, y viceversa.*]

Ejecución judicial y extrajudicial

94. Tal como se dispone más específicamente en otras recomendaciones del presente capítulo, el régimen debería permitir que, tras un incumplimiento, el acreedor garantizado pudiera ejercer los recursos descritos en la recomendación 93:

a) Recurriendo a un tribunal o a otra autoridad; o

b) Sin recurrir ni a un tribunal ni a ninguna otra autoridad.

Recursos para el otorgante

95. Tal como se dispone más específicamente en otras recomendaciones del presente capítulo, el régimen debería prever que, al producirse el incumplimiento, el otorgante podrá tener acceso a uno o más de los siguientes recursos:

a) En cualquier momento antes de la enajenación o la aceptación del bien gravado o del cobro de su importe por el acreedor garantizado, pagar íntegramente la obligación garantizada, incluidos los intereses y los gastos de su ejecución hasta el momento de la satisfacción total y quedar liberado de la garantía real constituida sobre todos los bienes gravados que respalden la obligación;

b) Apelar ante un tribunal u otra autoridad en caso de que el acreedor garantizado no haya cumplido o no esté cumpliendo sus obligaciones previstas en las recomendaciones del presente capítulo en lo que se refiere a la ejecución extrajudicial;

c) Rechazar la propuesta del acreedor garantizado de aceptar un bien gravado a modo de satisfacción total o parcial de las obligaciones garantizadas en los plazos prescritos en las recomendaciones del presente capítulo; y

d) Disponer de cualquier otro recurso previsto en el acuerdo de garantía (excepto si no se ajusta a las recomendaciones imperativas del presente capítulo) o en cualquier otra regla de derecho.

Recursos acumulativos

96. El régimen debería prever que el ejercicio de un recurso no invalidará la posibilidad de acogerse a otro.

Otros recursos

97. El régimen debería prever que el ejercicio de los recursos relativos a un bien gravado establecidos en el presente régimen no impide al acreedor garantizado ejercitar sus recursos con respecto a la obligación garantizada por el bien gravado. El régimen debería disponer también que el ejercicio de recursos con respecto a una obligación garantizada no impedirá al acreedor garantizado ejercer sus recursos con respecto a un bien gravado que respalde esa obligación.

Liberación de los bienes gravados tras la liquidación completa

98. El régimen debería prever que, tras producirse el incumplimiento y hasta el momento en que el acreedor garantizado enajene o acepte el bien gravado o cobre su importe, el otorgante o cualquier otra parte interesada (por ejemplo, un acreedor garantizado cuyo crédito goce de un grado de prelación inferior al del acreedor garantizado ejecutante, un garante o uno de los copropietarios de los bienes gravados) tendrá derecho a pagar íntegramente la obligación garantizada, incluidos los intereses devengados y los gastos de ejecución realizados hasta el momento de la liquidación total. En el régimen debería especificarse que con este pago todos los bienes gravados que respaldan esa obligación dejarán de estar sujetos a la garantía real o que se subrogarán los derechos del acreedor garantizado a cualquier otra parte interesada que efectúe el pago.

[Notificación de la intención de proceder a la ejecución extrajudicial

99. El régimen debería:

a) Determinar si se debe exigir a un acreedor garantizado que notifique su intención de proceder a la ejecución extrajudicial de una garantía real a raíz del incumplimiento, así como del momento en que debería hacer tal notificación y a quién deberían dirigirla;

b) Señalar la forma en que se deberá presentar la notificación, el momento de hacerlo y su contenido mínimo, incluso si dicha notificación [al otorgante] debería contener el cálculo de la cuantía adeudada en ese momento y una explicación de las medidas que el deudor o el otorgante deberán adoptar para obtener la liberación de los bienes gravados de la garantía real que pesa sobre ellos con arreglo a la recomendación 98;

c) Prever que la notificación deberá redactarse de tal manera que quepa razonablemente esperar que con ella queden debidamente informados los destinatarios sobre su contenido, como con un texto del tenor del acuerdo de garantía;

d) Determinar si la notificación se debe inscribir en el registro general de las garantías reales;

e) Exponer las consecuencias legales del incumplimiento de las recomendaciones que rigen las notificaciones de la intención de proceder a la ejecución extrajudicial; y

f) Enumerar los casos en que no se requerirá la notificación a fin de evitar todo efecto negativo sobre el valor de liquidación de los bienes gravados (por ejemplo, en caso de bienes corporales perecederos o de otros bienes cuyo valor puede decrecer rápidamente).]

Objeciones a la ejecución extrajudicial

100. En el régimen debería preverse que nada de lo en él establecido impedirá al deudor, al otorgante ni a otros interesados (por ejemplo, a un acreedor garantizado con un grado de prelación inferior al del acreedor garantizado ejecutante, a un garante o al copropietario de los bienes gravados) recurrir a un tribunal o a otra autoridad en caso de que el acreedor garantizado no cumpla o no esté cumpliendo con sus obligaciones previstas en las recomendaciones del presente capítulo. En el régimen deberían preverse salvaguardias en el procedimiento, a fin de desalentar las solicitudes infundadas y de impedir toda obstaculización impropia de la liquidación de los bienes gravados o toda demora indebida de tal liquidación por parte del acreedor garantizado.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse si el derecho a solicitar medidas al tribunal por parte del deudor, el otorgante u otros terceros interesados debería ser generalmente aplicable al ejercicio de todos los derechos y recursos previstos en las recomendaciones del presente capítulo, y no únicamente con respecto a la ejecución extrajudicial*.]

Derecho del acreedor garantizado a tomar posesión de un bien gravado

101. El régimen debería prever que, al producirse un incumplimiento, el acreedor garantizado tendrá derecho a tomar posesión de un bien corporal gravado. El acreedor garantizado podrá tomar posesión de tal bien sin recurrir al tribunal ni a otra autoridad, pero únicamente si puede conseguirlo sin el uso de fuerza o la amenaza de fuerza. [El régimen debería prever procedimientos agilizados para situaciones en que el acreedor garantizado recurriera al tribunal o a otra autoridad para obtener la posesión de un bien gravado.]

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse si debería reformularse el principio del procedimiento judicial sumario como principio general aplicable al ejercicio de todos los derechos y recursos previstos en las recomendaciones del presente capítulo. De ser así, cabría plantearse agregar al texto las siguientes líneas: "El régimen debería prever procedimientos judiciales sumarios con respecto al ejercicio de derechos y recursos del acreedor garantizado, del otorgante y de cualquier otra persona que tenga pendiente el cumplimiento de la obligación garantizada o que reclame un derecho sobre los bienes gravados". En el comentario se explicará que toda persona que tenga derecho a solicitar medidas*

judiciales en virtud de la recomendación 100 podrá hacerlo cuando se incumpla la presente recomendación. Además, en la sección de terminología de la Guía se insertará una definición del concepto de "posesión" conforme a la cual la posesión no deberá entenderse como una posesión ficticia o deducible sino como una posesión efectiva.]

Cobro de créditos exigibles

102. Con respecto a un crédito por cobrar que sea un bien gravado, el régimen debería prever que, tras producirse un incumplimiento, el acreedor garantizado podrá cobrar o hacer ejecutar el pago del crédito.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que el acreedor garantizado tendrá también la opción de enajenar un crédito por cobrar conforme a las recomendaciones 93 d) y 110.*]

103. El régimen debería prever que el derecho del acreedor garantizado a cobrar o a hacer ejecutar el pago de un crédito exigible incluye el derecho a cobrar o, si no, a hacer ejecutar cualquier derecho personal o real que respalde el pago o el cumplimiento del crédito (como, por ejemplo, una garantía o un derecho de garantía).

Títulos negociables

104. El régimen debería prever que, al producirse un incumplimiento, el acreedor garantizado tendrá derecho a hacer valer un título negociable que sean un bien gravado frente a una persona que se halle obligada por dicho título. Sin embargo, al igual que entre el acreedor garantizado y i) la persona obligada por el título negociable o ii) terceros que invoquen derechos en virtud del régimen de los títulos negociables, las obligaciones y derechos de esas personas se regirán por la legislación en materia de títulos negociables.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: En el comentario figurarán ejemplos de las siguientes personas:*

a) La persona sujeta al título negociable solo podrá quedar obligada a pagar al titular o a un tercero con derecho a hacer valer el instrumento conforme a la ley que rija los títulos negociables; y

b) El derecho de la persona obligada por el título a oponer excepciones a dicha obligación estará determinado por la legislación que rija los títulos negociables.]

105. En el régimen debería preverse que el derecho del acreedor garantizado a cobrar o a hacer valer un título negociable incluye el derecho a cobrar o a hacer ejecutar cualquier derecho personal o real que respalde el pago o el cobro del título negociable (como, por ejemplo, una garantía o un derecho de garantía).

Derechos al cobro del producto de una garantía independiente

106. [*Véase* A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.2.]

Cuentas bancarias

106 *bis*. En el régimen debería preverse que, al producirse un incumplimiento, el acreedor garantizado que disponga de una garantía real sobre una cuenta bancaria podrá ejercer todos los recursos que se confieren a los acreedores garantizados en el presente capítulo. No obstante, el derecho a cobrar de una cuenta bancaria, está, frente al banco depositario, sujeto a la recomendación [...].

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que la recomendación enunciada en la recomendación 106* bis*, que podría insertarse en una nueva sección de la Guía que tratara de los derechos y obligaciones de los terceros, podría tener el siguiente tenor: "El régimen debería prever que nada de lo dispuesto en la Guía obligará a un banco depositario a pagar a una persona que no sea: i) el cliente del banco depositario en lo que respecta a la cuenta bancaria ni ii) un acreedor garantizado que tenga el control de la cuenta bancaria en virtud de un acuerdo concertado con el banco depositario".*]

107. En el régimen debería preverse que, al producirse un incumplimiento, el acreedor garantizado que tenga el control de una cuenta bancaria tendrá el derecho a ejecutar su garantía real como banco depositario si el acreedor garantizado es un banco depositario o, cuando el banco depositario no sea el acreedor garantizado, de conformidad con lo dispuesto en el acuerdo con el banco por el que se establezca el control sin tener que recurrir a un tribunal ni a ninguna otra autoridad.

108. El régimen debería disponer que el acreedor garantizado que no tenga el control de una cuenta bancaria solo podrá ejecutar la garantía real frente al banco depositario en virtud de un mandamiento judicial, a menos que el banco depositario convenga en proceder de otro modo.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en la sección de terminología de la Guía se insertará la siguiente definición: "se entenderá que un acreedor garantizado tiene el "control" de una cuenta bancaria cuando: i) el acreedor garantizado sea el banco depositario; ii) el banco depositario haya convenido en seguir las instrucciones del acreedor garantizado en lo que respecta a la cuenta bancaria sin contar con el consentimiento del otorgante (el acuerdo en virtud del cual el banco depositario conviene en seguir las instrucciones del acreedor garantizado en lo que respecta a la cuenta bancaria sin contar con el consentimiento del otorgante se denomina "acuerdo de control"); o iii) el acreedor garantizado sea el cliente del banco en lo que respecta a la cuenta bancaria".*]

Documentos negociables

109. En el régimen debería preverse que, al producirse un incumplimiento, el acreedor garantizado tendrá derecho a hacer valer un documento negociable frente al emisor o frente a cualquier otra persona obligada por un documento negociable. Sin embargo, al igual que en la relación entre el acreedor garantizado y el emisor o cualquier otra persona obligada por el documento negociable, los derechos y obligaciones de esas personas se regirán por la ley que regule los documentos negociables.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se citará el ejemplo de que el emisor podrá verse obligado a entregar los bienes únicamente al titular del documento negociable que se refiera a ellos.*]

Enajenación de bienes gravados

110. Tal como se dispone más específicamente en otras recomendaciones del presente capítulo, en el régimen debería preverse que, tras producirse un incumplimiento, el acreedor garantizado tendrá derecho a vender o a arrendar un bien gravado, a conceder licencias sobre él o a enajenarlo de alguna otra manera de conformidad con la recomendación 93 d).

110 *bis*. El régimen debería disponer que un acreedor garantizado que enajenara bienes gravados sin recurrir a ningún tribunal ni a otra autoridad podrá seleccionar el método, la manera, el momento y el lugar en que se efectuará la enajenación, así como otros aspectos.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que esta recomendación está sujeta a la norma de la buena fe y de la razonabilidad comercial que se enuncia en la recomendación 89. También se explicará que el propósito y efecto de esta recomendación es compaginar los intereses del otorgante (y de sus otros acreedores) con los del acreedor garantizado ofreciendo flexibilidad en los métodos utilizados para enajenar bienes gravados con miras a obtener una liquidación económicamente efectiva, al tiempo que se protege al otorgante de toda acción que pudiera adoptar el acreedor garantizado y que, en el contexto mercantil, no fuera razonable.*]

Notificación anticipada de la enajenación extrajudicial de bienes gravados

111. El régimen debería abordar la cuestión de si un acreedor garantizado debe dar notificación de una enajenación extrajudicial de un bien gravado tras un incumplimiento. Cuando la ley requiera tal notificación, el régimen debería:

a) Especificar que la notificación deberá darse: i) al otorgante, al deudor y a cualquier otra persona que adeude el pago de la obligación garantizada, ii) a cualquier persona que tenga derechos sobre el bien gravado y que, antes de que el acreedor garantizado haya notificado al otorgante, haya dado a conocer por escrito esos derechos al acreedor garantizado, y iii) a cualquier otro acreedor garantizado que, más de [...] días antes de que se envíe la notificación al otorgante, haya registrado una notificación de garantía real sobre el bien gravado bajo el nombre del otorgante, o que estuviera en posesión del bien gravado en el momento en que se hizo cargo de él el acreedor garantizado;

b) Especificar la forma y el momento en que deberá darse tal notificación, así como su contenido mínimo, determinando incluso si dicha notificación [al otorgante] debería contener el cálculo de la cuantía adeudada en ese momento y el derecho del deudor o del otorgante a obtener que los bienes gravados queden liberados de la garantía real con arreglo a la recomendación 98;

c) Disponer que toda notificación de este tipo esté redactada de manera que quepa razonablemente prever que informe a los destinatarios de su contenido y, (si se hace valer la garantía real frente a terceros mediante la inscripción registral, será suficiente con notificar a todas las otras personas en el idioma en que figure registrada);

d) Regular las consecuencias jurídicas del incumplimiento de las recomendaciones que rigen las notificaciones de enajenaciones extrajudiciales; y

e) Enumerar los casos en que no se requeriría tal notificación, ya sea porque la demora ocasionada por el requisito de notificación previa podría tener un efecto negativo en el valor de liquidación de los bienes gravados (como en el caso de los bienes corporales perecederos u otros bienes cuyo valor pudiera decrecer rápidamente) o porque los bienes gravados son de una naturaleza que se venden en un mercado reconocido (con lo que queda obviada la necesidad de una notificación previa).

112. En el régimen deberían preverse normas que garanticen que la notificación pueda darse de forma eficaz, oportuna y fiable a fin de proteger al otorgante y a otras partes interesadas y de evitar, al mismo tiempo, toda repercusión negativa sobre los recursos del acreedor garantizado y sobre el posible valor monetario de los bienes gravados.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que esas reglas deberían compaginar el interés del acreedor garantizado en tener flexibilidad para enajenar el bien gravado sin demora a fin de aprovechar las condiciones favorables del mercado (un interés que también tiene beneficios para el otorgante y para otras partes interesadas) con el interés del otorgante y de esas otras partes en obtener la notificación de la enajenación con la suficiente anticipación a fin de poder adoptar medidas que les permitan proteger mejor sus intereses (como localizar a posibles compradores del bien gravado o asistir a una enajenación pública del bien gravado para comprobar si el acreedor garantizado cumplía con las obligaciones que le impone el presente capítulo.*]

Aceptación de los bienes gravados como forma de pago de la obligación garantizada

113. En el régimen debería disponerse que, al producirse un incumplimiento, el acreedor garantizado podrá declararse dispuesto a aceptar, sin recurrir a un tribunal ni a ninguna otra autoridad, uno o más de los bienes gravados a modo de pago total o parcial de la obligación garantizada.

114. En el régimen debería preverse que el acreedor garantizado que se declare dispuesto a aceptar un bien gravado a modo de liquidación total o parcial de la obligación garantizada deberá enviar la propuesta, especificando la suma adeudada en la fecha del envío de la propuesta y el importe de la obligación que se proponga dar por satisfecha al aceptar el bien gravado, a las siguientes personas:

a) Al otorgante, al deudor y a cualquier otra persona que adeude pagos correspondientes a la obligación garantizada (por ejemplo, a un garante);

b) A toda persona a la que asistan derechos sobre el bien gravado que hayan notificado esos derechos por escrito al acreedor garantizado más de [...] días antes del envío de la propuesta por parte del acreedor garantizado al otorgante; y

c) A cualquier otro acreedor garantizado que haya inscrito en un registro una notificación de una garantía real sobre el bien gravado en nombre del otorgante [y que lo haya hecho más de [...] días antes de que la propuesta sea enviada al otorgante] o que se halle en posesión del bien gravado en el momento en que se hubiera hecho cargo de él el acreedor garantizado.

115. El régimen debería disponer que si una persona a la que, en virtud de la recomendación 114, haya de enviarse una propuesta de aceptación de un bien gravado en total o parcial satisfacción de la obligación garantizada presenta una objeción por escrito a dicha propuesta [en un breve plazo, como de 20 días] a partir de la fecha del envío de la propuesta, el acreedor garantizado no podrá llevar a término su propuesta.

Superávit y déficit

116. En el régimen debería preverse que el acreedor garantizado ejecutante deberá aplicar el producto neto de su ejecución (previa deducción de los costos de ejecución) al pago de las obligaciones garantizadas. A reserva de lo previsto en la recomendación 117, el acreedor garantizado ejecutante deberá cancelar todo superávit que subsista tras este pago a los acreedores concurrentes subordinados que, antes de toda distribución del superávit, hayan notificado por escrito al acreedor garantizado ejecutante su reclamación de un eventual superávit. El saldo restante, si lo hubiere, deberá hacerse efectivo al otorgante.

117. Además, en el régimen debería disponerse que, exista o no controversia sobre el derecho de algún reclamante concurrente a cobrar o sobre el grado de prelación en el cobro, el acreedor garantizado ejecutante podrá, de conformidad con las reglas procesales generalmente aplicables, hacer efectivo el superávit a una autoridad judicial competente u otra autoridad o a una caja pública de depósitos para su distribución. En caso de efectuarse tal pago, el superávit debería repartirse en función de las reglas que rigen la prelación en el presente régimen.

118. En el régimen debería preverse que la distribución del producto resultante de una liquidación judicial o de otro procedimiento administrado oficialmente deberá efectuarse conforme a las normas generales del Estado que rijan los procedimientos de ejecución, pero con sujeción a las reglas de prelación del presente régimen.

119. En el régimen debería disponerse que el deudor y toda otra persona que adeude el pago de la obligación garantizada deberán abonar todo déficit en el saldo pagado que quede pendiente tras la aplicación del producto neto de la ejecución al cumplimiento de la obligación garantizada.

Derecho del acreedor garantizado con mayor grado de prelación a hacerse cargo de la ejecución

120. En el régimen debería preverse que, en cualquier momento anterior a la enajenación final, a la aceptación o al cobro de un bien gravado, el acreedor garantizado cuya garantía real goce de prelación sobre la del [acreedor garantizado] [reclamante concurrente] ejecutante tendrá derecho a asumir el control del proceso de ejecución iniciado por ese [acreedor garantizado] [reclamante concurrente].

El derecho a asumir el control incluye el de proseguir la ejecución iniciada por el [acreedor garantizado] [reclamante concurrente] ejecutante, a proceder a la ejecución mediante un método distinto previsto en el capítulo y a decidir si los recursos previstos en la recomendación del presente capítulo serán administrados o no por un tribunal o por otra autoridad.

Titularidad u otro derecho adquirido mediante distribución extrajudicial

121. El régimen debería prever que si un acreedor garantizado opta por enajenar su bien gravado sin recurrir a un tribunal ni a otra autoridad, la persona que adquiera de buena fe la titularidad u otro derecho sobre el bien conforme a la enajenación adquirirá su derecho sobre el bien con sujeción a los derechos que tengan mayor grado de prelación sobre la garantía real del [acreedor garantizado] [reclamante concurrente] ejecutante, pero sin supeditarse a los derechos del otorgante, a los del acreedor garantizado ejecutante ni a los de otra parte reclamante subordinada cuyo grado de prelación sea inferior al del acreedor garantizado ejecutante. La misma norma se aplicará a la titularidad o a cualquier otro derecho adquirido por un acreedor garantizado que haya aceptado el bien gravado como pago total o parcial de la obligación garantizada.

Titularidad u otros derechos adquiridos mediante distribución judicial

122. En el régimen debería preverse que, si un acreedor garantizado enajena un bien gravado mediante un procedimiento judicial u otro procedimiento oficial, la titularidad u otro derecho adquirido por el cesionario deberá determinarse conforme a las normas generales del Estado que regule los procedimientos de ejecución (por lo que respecta a la distribución del dinero resultante de la enajenación, véase la recomendación 118).

Concurrencia de disposiciones legales sobre operaciones garantizadas relacionadas con bienes muebles y bienes inmuebles

123. El régimen debería prever lo siguiente:

a) Toda garantía real sobre bienes inmuebles por destino podrá ejecutarse con arreglo a la legislación que rija las operaciones garantizadas o de conformidad con el régimen que regule la ejecución de gravámenes sobre bienes inmuebles; y

b) Si una obligación frente a un acreedor garantizado está respaldada tanto por una garantía real sobre un bien gravado del otorgante como por un gravamen sobre un bien inmueble del otorgante, el acreedor garantizado podrá ejecutar tanto la garantía real como el gravamen invocando el régimen que regule la ejecución de gravámenes sobre bienes inmuebles, o podrá ejecutar la garantía real en virtud de la legislación que rija las operaciones garantizadas y el gravamen, conforme a la ley que rija la ejecución de gravámenes sobre bienes inmuebles.

Coordinación con otros regímenes

124. El régimen debería coordinarse con el derecho general de procedimiento civil a fin de que los acreedores garantizados puedan intervenir en los procesos judiciales entablados por otros acreedores del otorgante para proteger así las garantías reales y asegurar que en el régimen se mantenga el mismo orden de prelación entre dichas garantías reales.

A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.2

Garantías reales sobre derechos a cobrar el producto de una promesa independiente: definiciones y recomendaciones

ADICIÓN

ÍNDICE

Garantías reales sobre derechos a cobrar el producto de una promesa independiente . .

I. Definiciones . . . . . .

II. Recomendaciones. . . . . .

Garantías reales sobre derechos a cobrar el producto de una promesa independiente

I. Definiciones (A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1, párr. 21, y), z), aa) y bb))

y) Por "promesa independiente" se entenderá toda carta de crédito (comercial o contingente), toda confirmación de una carta de crédito, garantía independiente (pagadera a su reclamación o a su primera reclamación, o garantía bancaria o contragarantía) o cualquier otra promesa reconocida como independiente por determinadas leyes o prácticas, entre ellas, la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente, las Reglas y Usos Uniformes relativos a Créditos Documentarios, las Reglas sobre Prácticas Internacionales en materia de Cartas de Crédito Contingente y las Reglas Uniformes relativas a las garantías pagaderas a su reclamación.

z) Por "derecho de cobro del producto de una promesa independiente" se entenderá el derecho a cobrar un pago vencido, una letra de cambio aceptada, una obligación de pago diferido u otro valor entregado en cada caso por el garante/emisor en cumplimiento del cobro de una promesa independiente, o por una persona designada para entregar un valor en cumplimiento de una promesa independiente. Este concepto no engloba[:] i) el derecho a cobrar (solicitud de cobro) en virtud de una promesa independiente, ni ii) lo que se percibió en la aceptación en cumplimiento de un cobro de manos de un garante/emisor o de una persona designada o tras la enajenación de un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente (es decir, el producto propiamente dicho).

[*Nota para el Grupo de Trabajo: En el comentario se explicará que la definición abarca únicamente el "derecho a percibir" todo valor abonado o entregado previa aceptación de un cobro, y no el derecho a cobrar, es decir, a solicitar el pago de una promesa independiente. Se explicará también que el derecho a percibir el producto no incluye el producto en sí, es decir, lo que efectivamente se cobre en aceptación de una garantía de manos del garante/emisor o de una persona designada (un recibo o valor de un beneficiario como un banco*

negociador no debería caracterizarse como aceptación o enajenamiento) o tras enajenación de un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente. En el comentario también se pondrá de relieve la distinción entre el derecho a cobrar el producto de una promesa independiente (como bien gravado original) y el "producto" (concepto clave en la presente Guía) de dicho derecho. El Grupo de Trabajo observará que se ha suprimido la referencia al "beneficiario-otorgante" por considerarse innecesaria. Todo ello se ajusta a la forma en que en la Guía se regula el concepto de "crédito por cobrar" (en la Guía no se define "crédito por cobrar" mencionando al otorgante). Además, en el momento del otorgamiento, es posible que el otorgante no sea aún un beneficiario y que la garantía independiente tal vez ni siquiera exista en ese momento. La persona que ha de tener derecho a recibir el pago se regula por otras vías jurídicas (en el contexto de los créditos por cobrar, por ejemplo, en la Guía no se especifica quién tiene derecho a cobrar el crédito).]

aa) Por "garante/emisor" se entenderá el banco o toda otra persona que otorgue una promesa independiente. El término incluye al banco o a toda otra persona que emita una carta de confirmación de crédito ("el confirmante") o una contragarantía.

bb) Por "persona designada" se entenderá el banco o toda otra persona identificada por su nombre o categoría en una promesa independiente (por ejemplo, "un banco en el país X") que haya sido designada para entregar un valor, es decir, para comprar o pagar una suma contra la presentación de documentos, y que actúe en cumplimiento de esa designación. La expresión abarca a todo confirmante que haya sido designado para confirmar la promesa y que lo haga en cumplimiento de esa designación.

hh) Por "control" con respecto a un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente se entenderá que el garante/emisor o la persona designada que pagará o dará el valor en el cobro de una promesa independiente: i) es el propio acreedor garantizado, o ii) ha hecho una aceptación en favor del acreedor garantizado. Por "aceptación" con respecto a un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente se entenderá que el garante/emisor o la persona designada que efectuará el pago o que dará valor al cobrarse una promesa independiente: i) ha aceptado unilateralmente o por acuerdo la creación de una garantía real (que se denomine una cesión o de otra forma) en beneficio del acreedor garantizado sobre el derecho a cobrar el producto, o que ha consentido en la constitución de tal garantía real (con independencia del modo en que esté documentado), o ii) que se ha obligado a pagar o a dar valor al acreedor garantizado al cobrarse una promesa independiente.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: esta nueva definición fue preparada conforme a lo solicitado por el Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/588, párr. 81). En el comentario figurarán palabras en que se explicará que las definiciones podrán leerse conjuntamente con las recomendaciones relativas a las promesas independientes (3 d), 16, 25, 25* bis*, 25* ter*, 25* quater*, 49, 62, 106, 138 y 138* bis*).*]

II. Recomendaciones

Partes, obligaciones garantizadas y bienes abarcados (véase A/CN.9/WG.VI/WP.21, recomendaciones 3 d), 16 y 25)

3. En particular, el régimen debería disponer que será aplicable a:

d) Todo tipo de bienes muebles y bienes inmuebles por destino, corporales e inmateriales, actuales y futuros, que no se hayan excluido expresamente del ámbito de aplicación del régimen, incluidas las existencias, los bienes de equipo y otros bienes, los créditos por cobrar, los títulos negociables (como cheques, letras de cambio y pagarés), los documentos negociables (como los conocimientos de embarque), las cuentas bancarias, el producto del cobro de una promesa independiente y los derechos de propiedad intelectual;

Garantías reales sobre un derecho que garantice o respalde un crédito cedido, un titulo negociable u otra obligación

16. El régimen debería disponer que, al constituirse una garantía real sobre un crédito por cobrar, un título negociable o cualquier otra obligación que entrara en el concepto de bien gravado en la presente Guía, quedará automáticamente constituida una garantía real, sin que haga falta ninguna acción por parte del otorgante ni del acreedor garantizado, sobre cualquier derecho personal o real que garantice o respalde el pago o el cumplimiento de ese crédito, título negociable u otra obligación. No obstante, si en virtud de la ley que rija el derecho que garantice o respalde el pago de un crédito por cobrar, de un título negociable o de otra obligación que entre en el concepto de bien gravado en la presente Guía, podrá constituirse una garantía real sobre ese derecho de garantía o auxiliar únicamente tras un acto separado de constitución y el otorgante estará obligado a adoptar esta medida. Cuando una promesa independiente apoye el pago o el cumplimiento de una obligación de cobro de un crédito, de un título negociable o de cualquier otra obligación conceptuada como bien gravado en la presente Guía, el derecho a cobrar el producto de la promesa independiente será una obligación auxiliar en virtud de la presente recomendación, y la garantía real constituida sobre él quedará constituida sin que el otorgante realice un acto separado de constitución.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: La recomendación 16 introduce el concepto de derechos auxiliares (que podría ser útil presentar como concepto definido, si el Grupo de Trabajo así lo decide) y prevé la constitución automática de una garantía real sobre un derecho personal o real que respalde un crédito por cobrar, un título negociable o cualquier otra obligación concebida como bien gravado en la presente Guía, inmediatamente después de la constitución de una garantía real sobre el bien gravado respaldado. El efecto sustancial sobre esta disposición es que elimina la necesidad de un acto separado de constitución de garantía con respecto a la obligación auxiliar. Si bien ese concepto no hace nada que las partes no puedan hacer expresamente, cumple una función muy valiosa en la práctica. Son muy numerosas las operaciones garantizadas rutinarias en las que intervienen obligaciones auxiliares y la previsión de esta disposición puede contribuir en gran medida a que se llegue al objetivo de que el régimen de las operaciones garantizadas maximice los créditos a un costo mínimo. En el caso excepcional (si es que puede existir) de que las partes no deseen constituir una garantía real*

sobre una obligación auxiliar, ello podrá hacerse redactando en términos negativos el acuerdo de garantía. El Grupo de Trabajo ya ha adoptado la técnica de la constitución automática de una garantía real sobre el producto, sin necesidad de utilizar términos especiales.

El Grupo de Trabajo tal vez considere útil estudiar algunos ejemplos de supuestos en que intervengan derechos auxiliares. Un ejemplo de derecho personal auxiliar sería el de una garantía cuatripartita que respaldara el pago de un crédito por cobrar que fuera el bien gravado proporcionado por el otorgante (A, el otorgante, otorga a B, acreedor garantizado, una garantía real sobre un bien adeudado a A por C, que es un deudor de cuenta o un deudor tercero; el crédito, el bien gravado respaldado, está garantizado por D; la garantía de D es el derecho personal auxiliar). Un ejemplo de derecho real auxiliar sería cuando una garantía real sobre un bien de equipo que respaldara el pago de un título negociable que fuera el bien gravado proporcionado por el otorgante (A, el otorgante, otorga a B, acreedor garantizado, una garantía real sobre un título negociable emitido por X en favor de A; la obligación de X documentada por el título (el bien gravado respaldado) está garantizada por una garantía real, es decir, el derecho real auxiliar, sobre un bien de equipo otorgado a A por el propietario del bien de equipo (que podría ser X o Y)).

La segunda frase de la recomendación 16 tiene la finalidad de asegurar que, si el derecho auxiliar es transferible, en virtud de la legislación que lo rija, únicamente mediante un acto separado de transferencia se requerirá un acto separado para la constitución de una garantía real sobre ese derecho auxiliar. Este enfoque se ajusta al derecho pertinente y a la práctica, así como al párrafo 1 del artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

La finalidad de la tercera frase es aclarar que el hecho de que una promesa independiente sea un derecho auxiliar no significa que para la constitución de una garantía real sobre un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente se requiera un acto separado de constitución de garantía. En otras palabras, será aplicable la regla general de la primera frase (y no la de la segunda).

Así, por ejemplo, una letra de cambio comercial estándar suele respaldar la obligación de un comprador de pagar una factura comercial, y una carta de crédito contingente o una demanda o una garantía de demanda suelen apoyar algunas otras formas de pago o de obligación de pago de la persona que adquiere la carta de crédito contingente o la garantía de demanda en beneficio del beneficiario. El reconocimiento de la función auxiliar de un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente (que por definición no incluye el derecho a solicitar el pago ni el producto propiamente dichos) no reduce en modo alguno la independencia de la promesa en sí y no repercute negativamente de ninguna manera en el garante/emisor (que está plenamente protegido por la reglas enunciadas en otras recomendaciones (por ejemplo, las recomendaciones 25 bis*, 25* ter *y 25* quater*).*]

Constitución de una garantía real sobre un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente

25. El régimen debería disponer que el beneficiario podrá otorgar una garantía real sobre un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente, [aun cuando el derecho a cobrar una promesa independiente no sea en sí transferible en virtud de la legislación que rija la promesa independiente]. El otorgamiento de una garantía real sobre un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente no constituye una transferencia del derecho a cobrar de la promesa independiente.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que las palabras que figuran entre corchetes aclaran la cuestión importante de que la transferibilidad de la promesa propiamente dicha (es decir, del derecho a cobrar) no es importante ni pertinente para el derecho a constituir una garantía real sobre el derecho a cobrar el producto de una promesa independiente. En la segunda frase se hace una distinción entre la transferencia del derecho a solicitar el pago en virtud de una promesa independiente y la transferencia de un derecho a cobrar el producto del pago efectuado en virtud de una promesa independiente.*]

25 *bis*. El régimen debería disponer que:

a) Los derechos de un acreedor garantizado sobre un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente están sujetos a los derechos, enunciados en la legislación y seguidos en la práctica que rigen las promesas independientes, del garante/emisor o de la persona designada y de cualquier otro beneficiario designado en la promesa o a quien se haya efectuado una transferencia de los derechos de cobro;

b) Los derechos de un cesionario de una transferencia [o de un co]beneficiario de una promesa independiente son superiores a las garantías reales constituidas sobre un derecho a cobrar el producto de la promesa independiente adquiridos del cedente o de cualquier otro cedente anterior; y

c) Los derechos independientes de un garante/emisor, de una persona designada o de un cesionario-beneficiario [o cobeneficiario] en virtud de una promesa independiente [primarán sobre] [no se verán mermados por] [son distintos de] toda garantía real que pueda tener sobre los derechos a cobrar el producto, incluido cualquier derecho a cobrar el producto que pueda estar incluido en una transferencia de derechos de giro a un cesionario-beneficiario [o cobeneficiario].

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se aclarará que esta recomendación tiene la finalidad de asegurar que los derechos de los tenedores de derechos independientes al cobro, en concreto las personas designadas que han dado valor y los cesionarios -beneficiarios a quienes se haya efectuado una transferencia- son superiores a los de los simples cesionarios de derechos al producto del cobro efectuado por el beneficiario original. En el comentario se explicará también que sus derechos independientes son distintos y no se ven afectados, porque sus derechos como acreedores garantizados del beneficiario original (en otras palabras, su situación como tenedores protegidos de derechos independientes no debería confundirse con su eventual situación de acreedores garantizados). Cuando una persona designada entregue valor y obtenga el reembolso del emisor, lo hará sobre la base de sus*

derechos independientes al reembolso y no como adquirente de los derechos del beneficiario.]

25 *ter*. Ningún garante/emisor ni ninguna persona designada tendrán la obligación de pagar a cualquier persona que no sea el beneficiario designado, un cesionario-beneficiario [o cobeneficiario] aceptado, una persona designada o un cesionario aceptado del derecho a cobrar el producto de una promesa independiente.

25 *quater*. El régimen debería disponer que si un acreedor garantizado ha obtenido el control sobre un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente al ser aceptado como cesionario de ese derecho, el acreedor garantizado tendrá el derecho a hacer valer esa aceptación frente al garante/emisor o la persona designada que diera la aceptación.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que las recomendaciones 25* bis*, 25* ter *y 25* quater*, que se han preparado de conformidad con lo solicitado por el Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/588, párrs. 82 y 83) y que se ajustan al enunciado de la recomendación 106 (véase A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.2), no tratan en realidad de la constitución de garantías reales (ni de la eficacia frente a terceros ni de la prelación sobre reclamaciones concurrentes ni la ejecución). No obstante, se han incluido aquí porque las recomendaciones sobre los derechos y obligaciones del deudor de la cuenta siguen las recomendaciones relativas a la cesión de créditos. El Grupo de Trabajo tal vez desee incluir estas tres disposiciones (así como otras secciones similares referentes a los derechos y obligaciones de los deudores de cuentas, de los bancos depositarios, de las partes obligadas por títulos negociables y de los emisores de documentos negociables) en una parte separada en que se regulen los derechos y obligaciones de los terceros que estén obligados con respecto a un bien gravado.*]

Eficacia frente a terceros de una garantía real constituida sobre un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente (véase A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.1, recomendaciones 49 y 62)

49. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente se hará efectivo frente a terceros:

a) Cuando el acreedor garantizado tenga el control del derecho sobre el producto cobrado de una promesa independiente; o

b) Automáticamente, sin que sea necesaria ninguna acción por parte del otorgante o del acreedor garantizado, cuando la garantía real sobre el crédito por cobrar, el título negociable u otra obligación respaldada por la promesa independiente tenga eficacia frente a terceros.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que la recomendación 49 ha sido revisada sobre la base del supuesto de que ni la posesión de la promesa independiente ni la inscripción registral deberían ser un método para lograr la eficacia frente a terceros de una garantía real sobre un derecho al producto del cobro de una promesa independiente. La posesión de una promesa independiente (aun cuando sea de forma tangible) solo desempeña una función limitada en la utilización moderna de las promesas independientes. Además, si se incluyera la posesión en la presente Guía como método para lograr la eficacia*

frente a terceros, se requerirían reglas complejas para regular la prelación y los conflictos de leyes. No obstante, cabe señalar que, si bien la posesión no constituye un método para lograr la eficacia frente a terceros, como cuestión práctica, la posesión daría protección al acreedor garantizado cuando, en virtud de la promesa independiente, fuera necesaria la presentación física de dicha promesa a fin de cobrar en virtud de la promesa. En tal circunstancia, el beneficiario no podría hacer un cobro efectivo sin la cooperación del acreedor garantizado, de modo que este podría adoptar medidas para conseguir el pago (por ejemplo, el acreedor garantizado podría requerir al beneficiario que obtuviera una aceptación que lograría el control para el acreedor garantizado antes de entregar la promesa independiente y de permitir que ésta fuera presentada al garante/emisor o a una persona designada que diera tal aceptación).]

Prelación de una garantía real constituida sobre un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente

62. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente, que se haya hecho eficaz frente a terceros mediante control, tendrá prelación, con respecto a un determinado garante/emisor o a una persona designada que acceda a dar valor de una garantía independiente, sobre los derechos de todos los otros acreedores garantizados que, con respecto a dicha persona, no hayan hecho efectiva su garantía real frente a terceros mediante control. Si el control se ha logrado mediante una aceptación y si una persona, entre esos acreedores garantizados, ha dado aceptaciones incompatibles a más de un acreedor garantizado, tendrá prelación el acreedor garantizado que se haya identificado en la primera aceptación.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que, dado que el método más habitual para lograr el control es obteniendo una aceptación, en el caso de varios posibles pagadores (por ejemplo, el emisor y varias personas designadas), el control solo se logrará frente a uno o varios determinados garantes/emisores o personas designadas que dieron su aceptación. Así, las reglas de la prelación deben centrarse en la persona concreta que sea el pagador. Se suprimieron las reglas de prelación relativas a la posesión y a la inscripción registral que figuraban en el proyecto anterior de esta recomendación (véase A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.1, recomendación 49 b) y c)), dado que, en virtud de la recomendación 49 revisada, la posesión de la promesa independiente y la inscripción registral no se reconocen como métodos para lograr la eficacia frente a terceros de una garantía real sobre un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente. La regla de prelación referente a las aceptaciones incompatibles (véase A/CN.9/WG.VI./WP.21/Add.1, recomendación 49 a)) se ha incluido en la segunda frase de la recomendación 62 revisada. La regla de prelación básica deja claro que un acreedor garantizado que tenga el control del derecho a cobrar el producto de una promesa independiente tendrá prelación sobre un acreedor garantizado cuya garantía real adquirió eficacia frente a terceros de forma automática.*]

Ejecución de una garantía real sobre un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente (véase A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.2, recomendación 106)

106. El régimen debería prever que, tras el incumplimiento, el acreedor garantizado con la garantía real sobre el derecho a cobrar el producto de una promesa independiente podrá ejercer cualquiera de los recursos previstos para los acreedores garantizados en el presente capítulo. La eficacia frente a terceros de una garantía real sobre un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente (adquirida mediante control o automáticamente) no será un requisito para hacer ejecutar el derecho. No obstante, el poder de hacer ejecutar estará sujeto, con respecto al garante/emisor, la persona designada o un beneficiario que no sea el otorgante, a las recomendaciones 25 *bis*, 25 *ter* y 25 *quater*.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: En el comentario se aclarará que no será necesario ningún acto separado de transferencia por parte del otorgante para que el acreedor garantizado pueda hacer ejecutar una garantía real sobre un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente cuando la garantía real se haya constituido automáticamente en virtud de la recomendación 16. En el comentario se explicará asimismo que todas las obligaciones del garante/emisor o de la persona designada frente al acreedor garantizado se regirán por las recomendaciones 25* bis*, 25* ter *y 25* quater. *Además, en el comentario se explicará que la recomendación 106 no tiene por objeto perturbar los acuerdos previos al incumplimiento concertados entre el otorgante y el acreedor garantizado en virtud de los cuales, antes del incumplimiento por parte del otorgante, el acreedor garantizado reciba el producto obtenido del cobro basado en el derecho al producto de una promesa independiente.*]

Derecho aplicable a las garantías reales constituidas sobre un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente (véase A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.5, recomendación 138)

138. El régimen debería disponer que: i) los derechos y obligaciones de un garante/emisor o de una persona designada que haya recibido una solicitud de aceptación o que haya pagado o pueda pagar o dar valor en virtud de una promesa independiente, ii) el derecho a hacer ejecutar una garantía real sobre un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente frente a un garante/emisor o una persona designada, y iii) [con la salvedad de lo que por lo demás disponga la recomendación 138 *bis*,] la eficacia frente a terceros y la prelación sobre los derechos de partes reclamantes de una garantía real sobre una garantía constituida sobre el derecho al cobro del producto de una promesa independiente se regirán, por separado con respecto a un determinado garante/emisor o a una persona designada, por la ley del Estado que se determinará como sigue:

a) Si el garante/emisor ha emitido una promesa independiente o si la persona designada ha emitido una aceptación en la que especifica que se regirá por la ley de un Estado, el derecho aplicable será el derecho del Estado especificado;

b) Si la ley aplicable no queda determinada por el párrafo anterior, la ley aplicable será la ley del Estado en el que esté situada la filial u oficina del garante/emisor o de la persona designada que se indique en la promesa independiente del garante/emisor o de la persona designada. Sin embargo, en el supuesto de que una persona designada no haya emitido una promesa independiente, la ley aplicable

será la ley del Estado en la que esté situada la filial u oficina de la persona designada que haya pagado o que pueda pagar o dar valor conforme a la promesa independiente.

[138 *bis*. El régimen debería disponer que [, en la medida en que se constituya una garantía real sobre un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente y se haga efectivo frente a terceros automáticamente en virtud de la recomendaciones 16 y 49,] la constitución de la garantía y su eficacia frente a terceros se regirá por la ley del Estado cuya legislación rija la constitución de garantías y la eficacia frente a terceros de la garantía real sobre el crédito apoyado, el título negociable o cualquier otra obligación conceptuada como bien gravado en la presente Guía.]

[*Nota para el Grupo de Trabajo: En el comentario se explicará que la recomendación 138 sigue las reglas sobre conflicto de leyes aplicables con respecto a los derechos y obligaciones del garante/emisor y de las personas designadas. La única excepción que se hace al principio enunciado en la recomendación 138 es la recomendación 138* bis*, que figura entre corchetes, que se ocupa de las cuestiones limitadas de la constitución de garantías y de la eficacia frente a terceros en los supuestos en que una garantía real nace o se hace efectiva frente a terceros de forma automática. Cada banco (o a veces entidad no bancaria) que desempeñe una de estas funciones actuará conforme a la legislación del Estado en que esté situado, lo cual significa el lugar donde se encuentra su filial u oficina pertinente (o conforme a la ley que elija, que suele ser la del lugar en que se encuentra la filial u oficina). En consecuencia, distintas legislaciones rigen los diferentes bancos que intervienen y una elección de jurisdicción en una promesa independiente rige únicamente las obligaciones de un determinado emisor (véase el artículo 27 de las URDG, UCC 5-116 b), y el artículo 22 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos). En el comentario se explicará también que con la recomendación 138 se pretende aclarar que en caso de una solicitud de aceptación o de pago (sin previa aceptación) efectuada por un acreedor garantizado objeto de reclamación (o por el beneficiario en su nombre) la filial del banco afectado deberá aplicarle su legislación local. En virtud de la recomendación 138, todos los conflictos de prelación estarán sujetos a la ley elegida por un garante/emisor o por una persona designada o, en ausencia de elección de jurisdicción, a la ley de la filial u oficina pertinente. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la cuestión de si: i) cuando la filial del banco pague (o dé valor) a ese acreedor garantizado, esa misma ley debería ser aplicable a la controversia de ese acreedor garantizado con terceros; ii) si el pago se efectúa al beneficiario y la competencia es entre terceros, la recomendación 138 debería ser inaplicable y deberían aplicarse las reglas residuales sobre conflictos de leyes (por ejemplo, la recomendación 137).*

En el comentario se explicará también que: i) la constitución de una garantía real se rige por la regla general sobre conflictos de leyes en la recomendación 137 para los derechos sobre bienes inmateriales (excepto en lo dispuesto en la recomendación 138 bis *para la constitución automática de garantías); y ii) la ejecución de la garantía real se rige por la regla general sobre conflicto de leyes de la recomendación 148, salvo que la recomendación 138 disponga otra cosa.*

El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse si es necesario incluir en el texto la recomendación 138 bis*, es decir, si es preciso que la constitución de garantías y la eficacia frente a terceros de una garantía real sobre un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente debería remitirse a la ley que rija la obligación respaldada por la promesa independiente (es decir, la ley del lugar en que se encuentra el otorgante conforme a la recomendación 137, con excepción de las situaciones reguladas en la segunda frase de las recomendaciones 137 y 140). Sin la recomendación 138* bis*, la recomendación 137 sería aplicable a la constitución (incluso automática) de tal garantía real, mientras que la recomendación 138 (es decir, la ley especificada en la promesa independiente o en la aceptación o, en ausencia de tal especificación, la ley de la filial del pagador) sería aplicable a la eficacia frente a terceros de esa garantía. Si el Grupo de Trabajo decide que la recomendación 138* bis *es necesaria, tal vez desee plantearse si la referencia a la constitución automática de garantías conforme a las recomendaciones 16 y 49, que figuran en corchetes separados, habría o no de mantenerse en el texto. La retención de esa referencia podría complicar la aplicación de la recomendación 138* bis *cuando el Estado cuya legislación fuera aplicable en virtud de esta recomendación no hubiera adoptado las recomendaciones de derecho sustantivo de la Guía.*]

A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.3

Recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

ADICIÓN

ÍNDICE

Recomendaciones

V. Eficacia de la garantía real frente terceros . . . . . 35 a 57 *ter*

V. Eficacia de la garantía real frente terceros

Finalidad

La finalidad de las disposiciones del régimen relativas a la eficacia de una garantía real frente a terceros es sentar las bases para establecer un orden de prelación previsible, equitativo y eficiente por los siguientes medios:

a) Contando con un sistema de inscripción registral público que sea simple, económico y eficaz par la inscripción de las notificaciones sobre las garantías reales sin desplazamiento;

b) Requiriendo la inscripción registral o la entrega de la posesión como requisito para la eficacia de una garantía real frente a terceros;

c) Determinando excepciones y opciones apropiadas distintas de la inscripción registral o de la entrega de la posesión teniendo en cuenta las consideraciones prácticas que van en otro sentido.

Métodos generales para lograr la eficacia frente a terceros de las garantías reales

35. El régimen debería disponer que, a menos que se disponga otra cosa en las recomendaciones del presente capítulo y en el capítulo sobre los mecanismos de financiación de adquisiciones, una garantía real constituida [o que vaya a constituirse] de conformidad con las recomendaciones del capítulo relativo a la constitución de garantías será eficaz frente a terceros:

a) Cuando se inscriba una notificación respecto de la garantía real en un registro general de garantías reales, tal como se dispone en las recomendaciones 48 a 57 *ter*;

b) Cuando el otorgante transfiera la posesión de bienes corporales al acreedor garantizado, conforme a lo dispuesto en las recomendaciones 38 a 40.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que, en virtud de la recomendación 54, toda notificación respecto a una garantía real puede inscribirse en un registro antes de la celebración del acuerdo de garantía o antes de que los bienes pertinentes sean adquiridos por el otorgante o sean presentados. En tal caso, se plantea la cuestión de si la eficacia frente a*

terceros debería lograrse a partir del momento de la inscripción registral o de la constitución efectiva de la garantía. Si el Grupo de Trabajo considera que la constitución de la garantía debería ser uno de los requisitos para lograr la eficacia frente a terceros (es decir, si se suprime el texto entre corchetes), se plantea un conflicto de prelación entre una garantía real registrada antes de que uno o varios de los requisitos para su constitución se hayan cumplido y una garantía real que se haya constituido y a la que se haya dado subsiguientemente eficacia frente a terceros. Si el legislador desea alentar la pronta inscripción registral (dando mayor fiabilidad a tal inscripción), habría que dar prelación a las garantías reales registradas antes, aun cuando no se hubiera cumplido uno o varios de los requisitos para su constitución en el momento de la inscripción (véase la recomendación 63 en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.4). Este enfoque no crea ninguna desventaja para los acreedores garantizados que obtengan una garantía real y le den eficacia frente a terceros subsiguientemente, dado que siempre podrán proteger sus intereses consultando el registro y comprobando las notificaciones inscritas de garantías reales.]

Métodos especiales para lograr la eficacia de garantías reales frente a terceros

35 *bis*. El régimen debería disponer que adquirirá eficacia frente a terceros toda garantía real sobre los siguientes tipos de bienes:

a) Los bienes muebles respecto de los cuales se haya establecido titularidad o se haya constituido una garantía real o que estén documentados mediante la inscripción de una notificación en un registro especializado de titularidad o mediante una anotación en un certificado de titularidad, mediante inscripción registrada o anotación, tal como se dispone en la recomendación 40 *bis*;

b) El derecho a cobrar el producto de una promesa independiente mediante el control, conforme a la recomendación 41;

c) Una cuenta bancaria, mediante control o inscripción registral, conforme a las recomendaciones 42 y 43;

d) Un documento o título negociable, mediante la entrega de la posesión del documento al acreedor garantizado, conforme a la recomendación 39, y todo bien especificado en un documento mediante la entrega del bien en virtud de la recomendación 35 o la entrega del documento en virtud de la recomendación 40;

e) El producto, logrando la eficacia frente a terceros respecto de los bienes gravados originales, conforme a la recomendación 44;

f) Los bienes inmuebles por destino, mediante inscripción registral, conforme a lo dispuesto en la recomendación 45;

g) Las masas de bienes o productos, conforme a lo dispuesto en la recomendación 47; y

h) Los bienes de consumo, mediante la constitución de una garantía real [de adquisición] sobre bienes de consumo, conforme a lo dispuesto en la recomendación [128 (véase A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5)].

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse la posibilidad de hacer extensiva la exoneración registral convenida con respecto a las garantías reales de adquisición sobre bienes de consumo a las garantías reales*

de adquisición sin fines de adquisición sobre bienes de consumo (bienes corporales y bienes inmateriales).]

36. El régimen debería confirmar que pueden utilizarse diferentes métodos para lograr la eficacia frente a terceros de distintos tipos de bienes gravados, independientemente de que estén gravados por el mismo acuerdo de garantía o por varios acuerdos de esta índole.

Eficacia de otros derechos frente a terceros

37. El régimen debería disponer que el derecho de un cesionario en una cesión pura y simple de créditos por cobrar adquirirá eficacia frente a terceros mediante la inscripción de una notificación de la garantía real en el registro general de garantías reales.

[37 *bis*. El régimen puede también requerir la inscripción registral de otros derechos para que adquieran eficacia frente a terceros. Estos derechos serían:

a) La titularidad de un arrendador en virtud de un arriendo que no sea un arriendo financiero pero cuya duración sea, como mínimo, de un año;

b) La titularidad de un consignador conforme a un envío comercial en que las mercancías sean entregadas a un consignatario que haga las veces de agente de venta pero que no sea un subastador o un consignatario que no actúe como tal en el curso ordinario de los negocios; y

c) La titularidad de un comprador en una compraventa realizada al margen del curso ordinario de los negocios del vendedor, cuando este conserve la posesión de las mercancías durante más de [treinta] [sesenta] [noventa] días.]

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que los arrendamientos a largo plazo y los demás mecanismos mencionados en la recomendación 37* bis*, que figura entre corchetes, no entran en el ámbito del proyecto de guía. Se hacen depender de la inscripción en un registro general de garantías reales, ya que pueden competir con una garantía real. Si el Grupo de Trabajo aprueba su inclusión en el presente capítulo, tal vez habrá que ajustar el ámbito de aplicación del proyecto de guía. El Grupo de Trabajo tal vez desee también tomar nota de que, con respecto a la eficacia frente a terceros de los mecanismos de financiación de adquisiciones, se aplicará la recomendación 127 (enfoque unitario o no unitario).*]

Eficacia frente a terceros de una garantía real sobre bienes corporales mediante la entrega de la posesión al acreedor garantizado

38. El régimen debería disponer que toda garantía real sobre bienes corporales adquirirá eficacia frente a terceros cuando el otorgante entregue los bienes corporales al acreedor garantizado. [La entrega de la posesión debe ser real, y no deducible, ficticia o simbólica, y solo será suficiente si un tercero objetivo puede llegar a la conclusión de que los bienes corporales no están de hecho en posesión del otorgante. La posesión por un tercero solo constituirá una entrega de la posesión si el tercero no es un agente o empleado del otorgante y si no conserva la posesión en beneficio o en nombre del acreedor garantizado.]

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si es necesario mantener en el texto las palabras entre corchetes si en la sección de terminología se aclara que la posesión o entrega de la posesión debe ser real y si en el comentario se aborda la cuestión de la posesión por un agente o empleado del otorgante. Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que, dado que la expresión "bienes corporales" abarca los títulos negociables y los documentos negociables (véase A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1, párr. 21 i)), la recomendación 38 será aplicable a la eficacia frente a terceros de garantías reales constituidas sobre títulos negociables y documentados negociables. A consecuencia de ello, una garantía real sobre un título o un documento negociable adquiere eficacia frente a terceros mediante la entrega del título o del documento al acreedor garantizado. Las recomendaciones 39 y 40 agregan reglas especiales en lo que respecta a la eficacia frente a terceros de garantías reales constituidas sobre documentos de titularidad negociables y bienes abarcados por documentos de titularidad negociables.*]

Eficacia frente a terceros de una garantía sobre un documento negociable

39. [El régimen debería disponer que una garantía real sobre un documento negociable adquiere eficacia frente a terceros mediante la entrega de la posesión del documento al acreedor garantizado.] Si una garantía real sobre un documento negociable es eficaz frente a terceros, la garantía real correspondiente sobre los bienes de que trata el documento será también eficaz frente a terceros.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: La primera frase de la recomendación 39 tiene la finalidad de reiterar una regla ya formulada en la recomendación 38 (en aras de la certeza y para evitar toda laguna en la recomendación 39). Se ha colocado entre corchetes porque podría no ser necesaria.*]

Eficacia frente a terceros de una garantía real sobre bienes comprendidos en un documento o título negociable

40. El régimen debería disponer que una garantía real sobre bienes que entraran en el ámbito de un documento negociable podría adquirir eficacia frente a terceros ya sea mediante la entrega de la posesión de los bienes, conforme a la recomendación 38, o mediante la entrega de la posesión del documento, en tanto en cuanto el documento comprenda dichos bienes.

Eficacia frente a terceros de una garantía real sobre bienes muebles respecto de los cuales exista un registro especializado de titularidad o un sistema de certificación de titularidad

40 *bis*. El régimen debería disponer que una garantía real sobre bienes muebles respecto de los cuales se haya establecido un registro de titularidad o de garantías reales o si la garantía real se documenta mediante inscripción registral en un registro especializado de titularidad o en un sistema de certificación de titularidad adquirirá eficacia frente a terceros cuando:

a) Esté inscrita en el registro de titularidad;

b) Se haga una anotación en el certificado de titularidad; o

c) Se haya inscrito una notificación de tal garantía en el registro general de garantías reales.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que, tal como se dispone en la recomendación 40* bis*, la inscripción registral es el método exclusivo para lograr la eficacia frente a terceros (es decir, ésta no puede lograrse mediante la posesión), si así lo dispone la legislación especial pertinente. El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota también de que la recomendación 40* bis *está complementada por la recomendación 64, que figura en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.4, en virtud de la cual una garantía real inscrita en un registro de titularidad especializado o respecto de la cual se haya hecho una anotación en un certificado de titularidad tendrá prelación sobre una garantía real inscrita en el registro general de garantías reales*.]

Eficacia frente a terceros de las garantías reales sobre el derecho a cobrar el producto de promesas independientes

41. [Véase A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.2, recomendación 49.]

Eficacia frente a terceros de las garantías sobre cuentas bancarias

42. El régimen debería disponer que una garantía real constituida sobre una cuenta bancaria adquirirá eficacia frente a terceros cuando:

a) Se inscriba una notificación respecto de tal garantía en el registro general de garantías reales; o

b) El acreedor garantizado tenga el control de la cuenta bancaria.

43. Si el acreedor garantizado y la institución depositaria son la misma persona, el régimen debería disponer que el acreedor garantizado tendrá automáticamente el control de la constitución de la garantía real.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en la sección de terminología se agregará la siguiente definición: "un acreedor garantizado gozará de "control" de una cuenta bancaria cuando: i) automáticamente al crearse la garantía real en que el banco depositario sea el acreedor garantizado; ii) el banco depositario haya concertado un acuerdo de control con el acreedor garantizado en virtud del cual el banco haya accedido a seguir las instrucciones del acreedor garantizado con respecto a la cuenta bancaria y sin contar con el consentimiento del otorgante, o iii) la cuenta bancaria se transfiera al acreedor garantizado de modo que este pase a ser cliente del banco en lo que respecta a la cuenta bancaria".*

El Grupo de Trabajo tal vez desee también tomar nota de que, de acuerdo con la recomendación 26 (véase A/CN.9/WG.VI/WP.21), no se impone al banco depositario ninguna obligación sin su consentimiento. El Grupo de Trabajo tal vez desee agregar, en el capítulo relativo a la constitución de garantías o en un capítulo aparte sobre los derechos de los terceros que sean deudores, recomendaciones del siguiente tenor:

"X. El régimen debería disponer que:

a) Los derechos del acreedor garantizado sobre una cuenta bancaria estarán sujetos a los derechos que tenga el banco depositario en virtud de la legislación y de las prácticas que rijan las cuentas bancarias;

b) Los derechos de un cesionario de una cuenta bancaria serán superiores a los de una garantía real sobre una cuenta bancaria que se hayan adquirido del cedente o de cualquier otro cedente anterior; y

c) Los derechos de compensación del banco depositario [*primarán sobre*] [*no se verán afectados por*] [*serán distintos de*] *toda garantía real que pueda tener sobre una cuenta bancaria.*

Y. El banco depositario no estará obligado a:

a) Pagar a una persona que no sea la persona que controle la cuenta bancaria;

b) Atender solicitudes de información sobre si existe un acuerdo de control o una garantía real a favor suyo y sobre si el otorgante mantenía el derecho a disponer de la cuenta.

Z. El régimen debería disponer que si un acreedor garantizado tiene el control de una cuenta bancaria, tendrá asimismo el derecho a hacer ejecutar la garantía real frente al banco depositario."

En el comentario se explicará que estas excepciones tienen por objeto complementar las recomendaciones 76 y 77 (véase A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.4), en virtud de la cuales: i) un acreedor garantizado que tenga el control de una cuenta bancaria gozará de prelación sobre otro acreedor garantizado que simplemente haya inscrito una notificación de su derecho en el registro general de garantías reales, y ii) el banco depositario tendrá prelación sobre los demás acreedores garantizados, con excepción del acreedor garantizado que tenga la cuenta a su propio nombre. Estas recomendaciones sobre prelación significan que se supone que los terceros saben que no pueden contar con una cuenta bancaria como fuente primordial de garantía para la concesión de créditos, o pueden hacerlo obteniendo un acuerdo de subordinación del banco depositario o registrando la cuenta en su propio nombre. Por consiguiente, la ausencia de publicidad no parece ser problemática.]

Eficacia frente a terceros de las garantías reales sobre el producto

44. El régimen debería disponer que si una garantía real sobre un bien gravado es eficaz frente a terceros, la garantía sobre todo producto del bien gravado adquirirá eficacia frente a terceros a partir del momento en que se genere ese producto, siempre y cuando:

a) La garantía real sobre el bien gravado adquiriera eficacia frente a terceros mediante la inscripción de una notificación en el registro general de garantías reales y mantuviera su eficacia; o

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El párrafo a) no sería aplicable, por ejemplo, a una garantía real a la que se diera eficacia frente a terceros mediante posesión o mediante inscripción en un registro de titularidad especializado o mediante una anotación en un certificado de titularidad.*]

b) El producto consista en dinero, títulos negociables, documentos negociables de titularidad o cuentas bancarias.

Si no es aplicable el párrafo a) ni el párrafo b), la garantía real sobre el producto será eficaz frente a terceros durante [...] días después de que se genere el producto y, a partir de entonces, continuamente, si adquiere eficacia frente a terceros por uno de los métodos enunciados en las recomendaciones 35 o 35 *bis* antes de que expire ese plazo.

Eficacia frente a terceros de las garantías reales sobre bienes muebles por destino

45. El régimen debería disponer que una garantía real sobre bienes corporales (que no fueran títulos negociables ni documentos negociables) que sean o que vayan a convertirse en bienes inmuebles o muebles por destino será eficaz frente a terceros si se inscribe una notificación de tal derecho en el registro general de garantías reales. Las garantías reales sobre bienes inmuebles por destino también pueden adquirir eficacia frente a terceros si se inscribe una notificación de la garantía en el registro inmobiliario.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: En el comentario se explicará que la disposición para la inscripción en el registro inmobiliario con miras a que una garantía real adquiera eficacia frente a terceros que sean compradores o frente a acreedores garantizados relacionados con el bien inmueble tiene la finalidad de proteger la integridad y la fiabilidad del sistema de registro inmobiliario. Esta recomendación es complementada por la recomendación 83, que figura en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.4, en virtud de la cual una garantía real sobre bienes corporales (que no sean títulos negociables ni documentos negociables) que sean o vayan a convertirse en bienes inmuebles por destino que adquirieron eficacia frente a terceros mediante la inscripción de una notificación en el registro inmobiliario en virtud de la recomendación 45 tendrá prioridad sobre una garantía real constituida sobre un bien inmueble conexo registrada posteriormente.*]

46. El régimen también debería disponer que si una garantía real sobre un bien gravado es eficaz frente a terceros en el momento en que el bien gravado pasa a ser un bien inmueble por destino, la garantía real seguirá siendo eficaz frente a terceros ulteriormente.

Eficacia frente a terceros de garantías reales sobre masas de bienes o productos

47. El régimen debería disponer que si una garantía real sobre un bien gravado es eficaz frente a terceros en el momento en que el bien pasa a formar parte de una masa de bienes o productos, la garantía real seguirá siendo eficaz frente a terceros.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que la cuestión de la constitución de garantías reales sobre una masa de bienes o productos se regula en la recomendación 32 (véase A/CN.9/WG.VI/WP.21).*]

Características de un registro general de garantías reales

48. El régimen debería prever un registro general de garantías reales que tuviera las siguientes características:

a) La inscripción se efectuará mediante la presentación de una notificación de la garantía real en la que se consignará únicamente la información especificada en la recomendación 49, por oposición a una copia de la documentación conexa sobre la garantía;

b) El registro de la entidad estará centralizado (es decir, contendrá todas las notificaciones de garantías reales registradas conforme al presente régimen);

c) El sistema de inscripción registral estará concebido de modo tal que podrán hacerse índices y encontrarse notificaciones dando el nombre del otorgante o algún otro dato fiable de identificación del otorgante (por ejemplo, el número de identificación registral o comercial);

d) El registro será de acceso público;

e) Se garantizará un acceso público razonable al registro con medidas como las siguientes:

i) Fijando tarifas para el registro y la búsqueda al nivel de costos y recuperación [y publicando periódicamente estados auditados de los gastos e ingresos del sistema de registro];

ii) Dando plenas facilidades para recurrir a modos y puntos de acceso al registro;

iii) Preparando y difundiendo guías sobre los procedimientos de registro y búsqueda y, en general, dando a conocer al público la existencia del registro; y

iv) Estableciendo un horario fiable consistente que se ajuste a las necesidades de los posibles usuarios del registro;

f) El sistema de inscripción registral se administrará y gestionará de forma que facilite inscripciones y búsquedas rápidas, económicas y eficaces. En particular:

i) Podrá inscribirse una notificación sin verificación previa de nadie, con excepción del encargado del registro, de la validez, suficiencia y exactitud de su contenido;

ii) Los usuarios podrán efectuar búsquedas sin tener que justificar el motivo por el que las hagan;

g) En la medida en que la capacidad financiera y de infraestructura del Estado lo permita, el sistema registral estará informatizado. En particular,

i) Las notificaciones inscritas permanecerán archivadas en forma electrónica en la base de datos de la computadora;

ii) Quienes hagan o busquen una inscripción tendrán acceso inmediato al expediente de inscripciones por medios electrónicos o medios similares, incluidos la Internet y el intercambio electrónico de datos;

iii) El sistema estará programado para minimizar el riesgo de que se registre información incompleta o no pertinente (por ejemplo, exigiendo que se den obligatoriamente ciertos datos);

iv) El sistema estará programado para facilitar la obtención rápida y completa de información y para minimizar las consecuencias prácticas del error humano (por ejemplo, los algoritmos de búsqueda se conciben para mostrar nombres similares de otorgantes y para no tener en cuenta términos genéricos sobre la condición de las entidades jurídicas, como "Inc., Co., LLP, Plc");

h) Las reglas jurídicas y los procedimientos de funcionamiento estarán concebidos para garantizar la seguridad y la integridad de las inscripciones registrales. En particular:

i) La persona o entidad que proceda a la inscripción podrá obtener una copia del registro en cuanto la información de inscripción esté registrada, a fin de cerciorarse de que dicha información es exacta y completa;

ii) Se verificará de antemano la identidad de las personas o entidades que procedan a una inscripción y se conservarán las pruebas de dicha identidad;

iii) [El registro] [El acreedor garantizado] estará obligado a hacer llegar una copia de la inscripción al otorgante cuyo nombre se mencione en el registro;

iv) El registro estará obligado a enviar una copia de todo cambio efectuado en la inscripción al acreedor garantizado mencionado en el estado financiero;

v) Si bien la gestión cotidiana del registro podrá delegarse en una autoridad privada, el Estado seguirá responsabilizándose de que el registro se lleva de manera conforme al marco legal por el que se rige;

vi) Se mantendrá una copia de reserva de la inscripción a fin de asegurar la reconstrucción de la información.

i) Se preverán disposiciones de asignación de responsabilidad por toda pérdida o daño causada por un error en la administración o gestión del sistema de registro y de búsqueda. Si el sistema está concebido para permitir la inscripción y la búsqueda directas por los usuarios del registro sin la intervención del personal del registro, el registro, como entidad, en caso de una inscripción o del resultado de una búsqueda impresos que sean inexactos o incompletos, solo se responsabilizará de un mal funcionamiento del sistema.

Contenido requerido de la notificación que se desee inscribir

49. El régimen debería requerir que en la notificación de inscripción figuren únicamente:

a) Los nombres (u otros factores de identificación fiables) del otorgante y del acreedor garantizado, así como sus direcciones; cuando el nombre y la dirección del otorgante puedan coincidir con muchos otros en una búsqueda, podrán [requerirse] [permitirse] criterios de identificación suplementarios, por ejemplo, la fecha de nacimiento, en el caso de personas físicas, o el número de registro empresarial, cuando se trate de entidades jurídicas;

b) Una descripción del bien mueble de que trate la notificación, de conformidad con las recomendaciones 51 a 53;

c) La duración de la inscripción conforme a la recomendación 56; y

[d) Una declaración del importe monetario máximo por el que pueda ejecutarse la garantía real [si el Estado determina que tal información puede contribuir a facilitar un préstamo subordinado].]

Suficiencia jurídica del nombre del otorgante en una inscripción de notificación

50. El régimen debería prever que el nombre u otro factor de identificación del otorgante que se dé al proceder a una inscripción sea legalmente suficiente si la notificación puede encontrarse en una búsqueda en la que se dé el nombre legal correcto u otro factor de identificación del otorgante. Con este fin, el régimen debería especificar normas para determinar el nombre legal correcto u otros factores de identificación de personas y entidades.

50 *bis*. Cuando el otorgante sea una entidad jurídica, el régimen debería disponer que su nombre jurídico sea el que figura en los documentos constitutivos de la entidad. Cuando el nombre del otorgante figure en un expediente separado mantenido por el Estado, por ejemplo, un registro comercial o de sociedades, el Estado tal vez desee crear vínculos entre los dos registros para facilitar la inscripción correcta de los datos. Si el otorgante es una persona física, el Estado debería prestar orientación detallada sobre la fuente oficial del nombre jurídico del otorgante (por ejemplo, el nombre que figura en la partida de nacimiento o en el pasaporte o el certificado de ciudadanía o residencia emitido por un país donde el otorgante reside habitualmente, o, en ausencia de ello, el nombre que figure en al menos dos documentos oficiales, como, por ejemplo, el permiso de conducir o la tarjeta de la seguridad social o del seguro médico).

Cambio del nombre o de otro factor de identificación del otorgante

50 *ter*. El régimen debería prever que, si el nombre del otorgante cambia de modo que la notificación ya no resulta suficiente de acuerdo con las recomendaciones 53 y 54:

a) Una garantía real constituida sobre un bien gravado sobre el que el otorgante tenga derechos en la fecha del cambio de nombre seguirá teniendo eficacia frente a terceros;

b) Una garantía real sobre un bien adquirido por el otorgante o creado en el plazo de [...] días después de la fecha del cambio de nombre será eficaz frente a terceros; y

c) Una garantía real sobre un bien adquirido por el otorgante o creado más de [...] días después de la fecha del cambio de nombre no será eficaz frente a terceros, a menos que la notificación se enmiende y se inscriba en ella el nuevo nombre del otorgante.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que la recomendación 50* ter *prevé un breve plazo durante el cual se mantiene la eficacia frente a terceros con respecto a los bienes adquiridos por el otorgante o creados. Es razonable suponer que los acreedores garantizados deberían tener tiempo para descubrir el cambio de nombre durante ese período. Otra posibilidad consistiría en que el Grupo de Trabajo considerara que las garantías reales sobre esos bienes posteriormente adquiridos o creados no será eficaz después del cambio de nombre o después de que el acreedor garantizado tenga conocimiento o debiera tener conocimiento del cambio de nombre.*]

Suficiencia legal de la descripción de los bienes enunciados en una notificación inscrita

51. El régimen debería disponer que una descripción de los bienes enunciados en una notificación inscrita es legalmente suficiente cuando un tercero pueda identificar los bienes que entran en el ámbito de la notificación, distinguiéndolos de otros bienes del otorgante.

52. Si los bienes inscritos en la notificación consisten en una categoría genérica o en categorías de bienes muebles, el régimen debería prever que una descripción genérica es legalmente suficiente.

53. Si los bienes que entran en el ámbito de la notificación inscrita constituyen la totalidad de los bienes muebles adquiridos posteriormente por el otorgante, el régimen debería prever que será legalmente suficiente descubrir los bienes gravados con las palabras “todos los bienes muebles” o con términos de un tenor equivalente.

Inscripción anticipada

54. El régimen debería confirmar que podrá efectuarse una inscripción antes o después de la constitución de la garantía real a la que se refiera.

Una única inscripción para múltiples acuerdos de garantía entre las mismas partes

55. El régimen debería confirmar que una única inscripción es suficiente para garantías reales creadas por todos los acuerdos de garantía concertados entre las mismas partes, siempre y cuando abarquen bienes o tipos de bienes muebles que se ajusten a la descripción enunciada en la notificación inscrita.

Duración y renovación de la inscripción

56. El régimen debería especificar la duración de la inscripción o permitir a la persona o entidad que desee inscribirse seleccionar la duración de la inscripción. El régimen debería prever el derecho de la persona o entidad inscrita a prorrogar el período de inscripción antes de su vencimiento.

56 *bis*. [El régimen debería prever que una inscripción surtirá efecto cuando la información aparezca en la base de datos del registro y pueda así ser encontrada mediante una búsqueda.]

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que si el sistema de registro permite la presentación al registro de notificaciones sobre papel (por oposición al ingreso directo por parte de la persona o entidad que se inscribe), transcurrirá cierto tiempo entre la recepción de la notificación por el encargado del registro y el momento en que la información sobre la notificación será ingresada en él y estará disponible para quienes la busquen. En tales circunstancias, se plantea la cuestión de cuándo debería ser eficaz la inscripción: en el momento de su recepción en el registro o en el momento en que la inscripción se ingresa en la base de datos y queda disponible para búsquedas. Si la inscripción adquiere eficacia cuando es recibida por el encargado del registro, al procederse a una búsqueda no se encontrarán todas las inscripciones legalmente eficaces. Por consiguiente, y a fin de proteger las necesidades de información de los terceros, la recomendación 56* bis *equipara el momento de la inscripción con la capacidad de ser hallada mediante una búsqueda en el registro. Si bien con ello el riesgo de una demora afectará al acreedor garantizado, este estará en una mejor posición que los terceros para adoptar medidas. Además, las recomendaciones recogidas más arriba sobre la concepción y el funcionamiento del registro deberían asegurar procedimientos rápidos y eficientes de inscripción. En un sistema plenamente electrónico que no requiera ninguna intervención del personal del registro, el ingreso o presentación de la notificación y su disponibilidad para el público serán prácticamente simultáneos, con lo cual este problema se reduce notablemente.*]

Cancelación de la inscripción

57. El régimen debería prever que si no se ha cumplido un acuerdo de garantía entre las partes o si se ha liquidado la garantía real mediante el pago íntegro o el cumplimiento de todas las obligaciones garantizadas:

a) El acreedor garantizado deberá cancelar su inscripción en el plazo de [...] días;

b) El otorgante tendrá derecho a obligar a que se cancele la inscripción mediante un procedimiento sumario;

c) El otorgante y el acreedor garantizado podrán convenir en cancelar la inscripción.

57 *bis*. El régimen debería prever que el encargado del registro podrá eliminar en un breve plazo de los expedientes sujetos a búsqueda toda cancelación de una inscripción una vez registrada la cancelación, pero la información debería ser archivada a fin de poder recuperarla en caso de necesidad.

Enmienda de la inscripción

57 *ter*. El régimen debería prever que toda inscripción podrá enmendarse en cualquier momento. La enmienda solo surte efecto a partir del momento en que la información es ingresada en el expediente del registro de modo que pueda leerse en caso de búsqueda de dicho expediente.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que, de conformidad con la recomendación 56* bis*, que prevé que una inscripción solo surte efecto cuando la información ingresada en el expediente puede hallarse mediante una búsqueda, la recomendación 57* ter *dispone que las enmiendas surten efecto cuando pueden ser accesibles en una búsqueda. El Grupo de Trabajo tal vez desee también tomar nota de que en el comentario se explicará que una enmienda puede entrañar diversos cambios, tales como: i) la adición o supresión de artículos o de tipos de bienes gravados; ii) la adición o supresión del nombre de un otorgante; iii) el registro de una modificación del nombre de un otorgante o de un acreedor garantizado; iv) la revelación de una cesión de una garantía real por el acreedor garantizado mencionado en la inscripción original en beneficio de un nuevo acreedor garantizado; o v) la revelación de un acuerdo o compromiso de subordinación que afecte a una garantía inscrita.*]

A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.4

Recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

ADICIÓN

ÍNDICE

Recomendaciones

VI. Prelación de la garantía real sobre los derechos de demandantes concurrentes . . . . . 58 a 85

VI. Prelación de la garantía real sobre los derechos de demandantes concurrentes

Finalidad

La finalidad de las disposiciones sobre el régimen de la prelación es establecer reglas claras y precisas para la clasificación de las garantías reales constituidas sobre bienes gravados en relación con los derechos de las distintas partes reclamantes y fomentar la concesión de crédito garantizado de los siguientes modos:

a) Permitiendo a un posible acreedor garantizado determinar, de forma eficiente y con mucha certeza antes de conceder crédito, la prelación que su garantía real tendría sobre los derechos de otras partes concurrentes; y

b) Facilitando las operaciones mediante las cuales un otorgante pueda constituir más de una garantía real sobre el mismo bien y utilizar así el valor pleno de sus bienes para obtener crédito.

Alcance de las reglas de prelación

58. El régimen debería prever un conjunto completo de reglas de prelación que regularan los conflictos de prelación con toda posible parte concurrente.

Obligaciones garantizadas afectadas

59. El régimen debería prever que la prelación otorgada a una garantía real:

a) Se hace extensiva a todas las obligaciones monetarias y no monetarias adeudadas al acreedor garantizado [hasta un importe monetario máximo enunciado en la notificación inscrita en el registro], incluidos el capital, los costos, los intereses y cargos hasta la cantidad garantizada por la garantía real; y

b) No se verá afectada por la fecha en que se haga un pago anticipado o en que se contraiga otra obligación garantizada por la garantía real (de modo que una garantía real pueda garantizar futuros anticipos y otras futuras obligaciones con la misma prelación que los anticipos abonados u otras obligaciones contraídas en el momento en que la garantía real adquiera eficacia frente a terceros o con anterioridad a dicho momento).

Acuerdos de subordinación

60. El régimen debería disponer que una parte reclamante concurrente con derecho a prelación podrá en todo momento subordinar su prelación unilateralmente o mediante acuerdo en favor de otro reclamante concurrente actual o futuro.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Por lo que se refiere a los acuerdos de subordinación, en caso de insolvencia del otorgante, véase la recomendación J en las recomendaciones de la presente Guía sobre la insolvencia (A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.3): "El régimen de la insolvencia debería especificar que, si el titular de un derecho garantizado sobre un bien de la masa de la insolvencia ha subordinado su prelación, unilateralmente o en virtud de un acuerdo, en favor de un demandante concurrente existente o futuro, esa subordinación es obligatoria en el procedimiento de insolvencia con respecto al otorgante".*]

Prelación de las garantías reales que no son eficaces o válidas frente a terceros

61. El régimen debería disponer que:

a) Una garantía real que no sea eficaz frente a terceros estará subordinada a una garantía real sobre el mismo bien que sí tenga eficacia frente a terceros, prescindiendo del orden en que se constituyeron esas garantías;

b) La prelación entre las garantías reales que no sean eficaces o válidas frente a terceros se determinará por el orden en que fueron constituidas [; y

c) Una garantía real que no sea eficaz frente a terceros tendrá, [en relación con la garantía de un demandante no garantizado, el mismo grado de prelación que esa garantía] [prelación sobre esa garantía, a reserva de lo que disponga el régimen de la insolvencia]].

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que: i) la recomendación 61 a) regula la concurrencia de prelaciones entre una garantía real que no sea eficaz frente a terceros y otra que lo sea, ii) la recomendación 61 b) regula el conflicto de prelación entre dos garantías reales que no tengan eficacia frente a terceros, y iii) la recomendación 61 c), que figura entre corchetes para que la examine el Grupo de Trabajo, regula la concurrencia de prelaciones entre una garantía real que no tenga eficacia frente a terceros y una reclamación no garantizada. La recomendación 62 regula la concurrencia de prelación entre una garantía real que no tenga eficacia frente a terceros y el derecho de un acreedor judicial sobre el bien gravado. La recomendación 71 regula la concurrencia de prelaciones entre una garantía real que sea eficaz frente a terceros y el derecho de un acreedor judicial sobre el bien gravado.*]

62. El régimen debería prever que [, salvo en lo dispuesto en la recomendación 130 *bis*,] una garantía real que no tenga eficacia frente a terceros estará subordinada al derecho de un acreedor no garantizado que, conforme a un régimen distinto del presente, haya obtenido ante los tribunales una sentencia contra el otorgante y haya adoptado las medidas necesarias para adquirir derechos sobre bienes gravados del otorgante por razón de la sentencia, y seguirá estando subordinada a la garantía de ese acreedor no garantizado, aun cuando la garantía se haga efectiva frente a terceros posteriormente.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse la posibilidad de hacer una excepción en esta recomendación para las garantías reales de adquisiciones que se hagan efectivas frente a terceros durante el período de gracia pertinente (véase la recomendación 130* bis *en A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5). Las garantías reales de adquisiciones que se hacen eficaces frente a terceros durante el período de gracia pertinente no deberían perder frente a un acreedor judicial descrito en la presente recomendación cuyo interés en el bien gravado nació posteriormente a la constitución de la garantía real pero antes de que adquiriera eficacia frente a terceros. Si ese no fuera el caso, la utilización del período de gracia entrañaría demasiados riesgos para los financiadores de adquisiciones.*]

Prelación de garantías reales eficaces o válidas frente a terceros

63. El régimen debería disponer que, salvo en lo dispuesto en otras recomendaciones del presente capítulo y en el capítulo sobre los mecanismos de financiación de adquisiciones, entre dos garantías reales sobre el mismo bien gravado que tengan eficacia frente a terceros, tendrá prioridad la garantía real que adquirió antes esa eficacia o validez [, aun cuando uno o más de los requisitos para la constitución de una garantía real no se hubieran satisfecho en aquel momento]. Una garantía real sobre bienes que el otorgante adquirió o que fue constituida después de que la garantía real adquiriera eficacia frente a terceros tendrá el mismo grado de prelación que la garantía real sobre los bienes que sean propiedad del otorgante o que hubieran existido en el momento en que la garantía real adquirió eficacia frente a terceros.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que el actual enunciado de la primera frase de la recomendación 64 se basa en la asunción de que se retendrán las palabras que figuran entre corchetes en la recomendación 35 (véase A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.3, recomendación 35 y Nota para el Grupo de Trabajo) y de que, por lo tanto, una garantía real puede hacerse eficaz frente a terceros incluso antes de que en aquel momento se hubieran satisfecho uno o varios de los requisitos para su constitución. Si se suprime el texto entre corchetes de la recomendación 35 y, así, una garantía real no puede hacerse eficaz frente a terceros antes de que se haya realmente constituido, será preciso reformular la primera frase de la recomendación 64 con palabras del siguiente tenor:*

> *"El régimen debería disponer que, salvo en lo dispuesto en otras recomendaciones del presente capítulo y del capítulo sobre los mecanismos de financiación de adquisiciones, entre dos garantías reales constituidas sobre el mismo bien gravado que tengan eficacia o validez frente a terceros, tendrá prelación la garantía real respecto de la cual se haya inscrito una notificación en el registro general de garantías reales o que haya adquirido antes la eficacia frente a terceros, de ocurrir esto antes."*

En el comentario se darán ejemplos sobre el funcionamiento de las recomendaciones 35 y 63. Uno de los ejemplos es el siguiente:

a) El acreedor garantizado A y el acreedor garantizado B inscriben notificaciones en el registro sobre el mismo bien gravado. El primero que inscriba la notificación tendrá prelación, independientemente del orden por el que se

constituyeron las respectivas garantías reales e independientemente de si el bien pertenecía o no al otorgante o de si ya existía en el momento de la constitución de la primera garantía real; y

b) El acreedor garantizado A inscribe en el registro su garantía real y posteriormente el acreedor garantizado B constituye una garantía y toma posesión del bien; posteriormente el acreedor garantizado A constituye una garantía real sobre el bien. El acreedor garantizado A tendrá prelación, con independencia de si el bien o los bienes propiedad del otorgante existían en el momento de la inscripción efectuada por el acreedor garantizado A, y prescindiendo del orden en que se constituyeron las respectivas garantías reales y de si el bien pertenecía al otorgante o de si existía en el momento de la constitución de la primera garantía real. En ambos casos, (incluidas todas las hipótesis sobre los momentos de constitución y de presentación de los bienes adquiridos por el otorgante), el acreedor garantizado A gana, aun cuando en el momento de la inscripción de su notificación en el registro aún no se haya constituido su garantía real.

Esta regla contribuye a fomentar que las inscripciones se hagan lo antes posible (lo que da una mayor fiabilidad a los registros) y, dado que en ningún caso el acreedor garantizado B, a pesar de los hechos, logra la eficacia frente a terceros antes de que el acreedor garantizado A proceda a la inscripción, el acreedor garantizado B siempre puede protegerse de antemano buscando y descubriendo la notificación del acreedor garantizado A.]

Prelación de una garantía real inscrita en un registro de titularidad especializado o mediante una anotación en un certificado de titularidad

64. El régimen debería prever que una garantía real sobre bienes muebles que tuviera eficacia en virtud de la recomendación 40 *bis* a) y b) [véase A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.3] mediante inscripción de una notificación relativa a la garantía en un registro de titularidad especializado o mediante una anotación de la garantía real en un certificado de titularidad tendrá prelación sobre una garantía sobre el mismo bien que haya adquirido eficacia frente a terceros mediante la inscripción en un registro general de garantías reales.

Continuidad en la prelación cuando la eficacia o validez frente a terceros se logra por más de un método

65. El régimen debería prever que, si una garantía real ha adquirido eficacia frente a terceros mediante más de un método, la prelación cuenta a partir del momento en que primero se logró la eficacia frente a terceros, siempre y cuando en ningún momento la garantía real haya carecido de eficacia frente a terceros.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si la recomendación 65 debería enunciar expresamente una regla que parece implícita, a saber, cuando haya un lapso en la eficacia frente a terceros (como cuando la inscripción cesa o se efectúa después del período de gracia pertinente, o cuando la posesión de un bien gravado es entregada al acreedor garantizado y la obtiene ulteriormente el otorgante), la prelación cuenta a partir del momento en que la eficacia frente a terceros queda restablecida. También cabría aclarar la cuestión en el comentario.*]

Prelación de garantías reales sobre el producto

66. Salvo en lo dispuesto en las recomendaciones del presente capítulo, el régimen debería disponer que una garantía real sobre el producto de un bien gravado que tenga eficacia frente a terceros gozará de la misma prelación que la garantía real sobre el bien gravado.

Prelación de garantías de compradores, arrendatarios y licenciatarios de bienes gravados

67. El régimen debería prever que el derecho de un comprador de bienes estará sujeto a una garantía real sobre los bienes que haya adquirido eficacia frente a terceros antes de la venta, a menos que el acreedor garantizado autorice la venta. No obstante, un comprador de existencias que compre existencias gravadas en el curso ordinario de los negocios del vendedor (y cualquier persona cuyos derechos sobre las existencias se deriven del comprador) estará libre del gravamen de la garantía real [creada por el vendedor], aun cuando el comprador tenga conocimiento de la existencia de la garantía real.

68. El régimen debería disponer que un arrendatario de bienes que los alquile en el curso ordinario de los negocios del arrendador adquirirá sus derechos en virtud del arrendamiento quedando libre del gravamen de la garantía real [creada por el arrendador] sobre los bienes que tenga eficacia frente a terceros, aun cuando el arrendatario tenga conocimiento de la existencia de la garantía real.

69. El régimen debería prever que el licenciatario que adquiera una licencia en el curso ordinario de los negocios del otorgante de la licencia que no sea exclusiva adquirirá sus derechos en virtud de tal licencia quedando libre del gravamen de la garantía real [creada por el otorgante de la licencia] sobre los bienes objeto de la licencia que sea eficaz frente a terceros, aun cuando el licenciatario tenga conocimiento de la existencia de dicha garantía real.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que las recomendaciones 68, 69 y 70 tienen la finalidad de proteger a los compradores, a los arrendatarios y a los licenciatarios de bienes frente a los acreedores garantizados que tengan garantías reales sobre los bienes vendidos, arrendados o cedidos con licencia. Si se mantiene en las recomendaciones el texto que figura entre corchetes, la protección valdría únicamente frente a los acreedores garantizados que adquirieran sus derechos de los vendedores, arrendadores o licenciantes inmediatos y no sería aplicable a los acreedores garantizados que hubieran adquirido sus derechos de otras personas. Un posible efecto secundario negativo de este enfoque es que, al encomendar los bienes gravados a un vendedor, a un arrendador o a un licenciante para proceder a una venta, arriendo o concesión de licencia de los bienes sin el gravamen de la garantía real, el otorgante podría extinguir la garantía real.*]

Prelación de los créditos oficiales (preferentes)

70. El régimen debería limitar tanto el número como el importe de créditos preferentes que tengan prelación sobre las garantías reales eficaces frente a terceros y, siempre que hubiera créditos preferentes, deberían figurar descritos en la ley de forma clara y específica.

Prelación de los derechos de los acreedores judiciales

71. El régimen debería disponer que una garantía real que sea eficaz frente a terceros tendrá prelación sobre los derechos de un acreedor no garantizado aun cuando el acreedor no garantizado, en el momento en que la garantía real haya adquirido eficacia frente a terceros o con posterioridad a él, haya obtenido en virtud de un régimen distinto del presente régimen, una sentencia contra el otorgante y haya adoptado las medidas necesarias para adquirir los derechos sobre los bienes del otorgante por razón de la sentencia. La prelación de la garantía real se hace extensiva a las cantidades adelantadas por el acreedor garantizado después de un número especificado de días posteriores al momento en que el acreedor garantizado adquiera conocimiento de la existencia de los derechos del acreedor no garantizado, pero no se hace extensiva a los importes adelantados una vez expirado ese período.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee ampliar el texto de las recomendaciones 62 y 71 para que abarquen también al acreedor que obtenga un derecho en virtud de las recomendaciones 62 y 71 a través de una orden judicial provisional.*]

Prelación de los derechos sobre bienes por mejorar y almacenar los bienes

72. Si una ley distinta del presente régimen otorga derechos equivalentes a garantías reales a un acreedor que ha agregado valor a los bienes (por ejemplo, reparándolos) o que ha preservado su valor (por ejemplo, almacenándolos), esos derechos deberían limitarse a los bienes cuyo valor haya sido incrementado o que hayan sido preservados mientras hayan estado en posesión de ese acreedor, y esos derechos deberían tener prelación sobre las garantías reales preexistentes sobre los bienes que sean eficaces frente a terceros.

Prelación de los derechos de reclamación

73. Si una ley distinta del presente régimen dispone que los proveedores de bienes tienen derecho a reclamar los bienes en un determinado plazo una vez ocurrido un determinado hecho especificado en el contrato de compraventa, el régimen debería prever que el derecho a reclamar los bienes estará subordinado a las garantías reales sobre dichos bienes.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que la recomendación 73 instituye una norma de derecho mercantil encaminada a otorgar prioridad a los acreedores garantizados sobre los créditos reclamados. Estos créditos pueden surgir en caso de insolvencia del comprador. Si se ha iniciado un procedimiento de insolvencia, el régimen de la insolvencia aplicable determinará el grado en que los acreedores garantizados y los reclamantes verán sus derechos suspendidos o afectados de algún otro modo (véanse las recomendaciones 39 a 51 de la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia). No obstante, la regla de prelación establecida en la presente recomendación no se vería afectada por un procedimiento de insolvencia (véase A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.3, proyecto de recomendación adicional 1).*]

Prelación de los derechos de los acreedores en procedimientos de insolvencia

[*Nota para el Grupo de Trabajo: véase la recomendación 1 en las recomendaciones de la Guía sobre la Insolvencia (A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.3): "El régimen de la insolvencia debería especificar que, si un derecho garantizado tiene prelación con arreglo a una regla de derecho distinta del régimen de la insolvencia, esa prelación seguirá intacta en el procedimiento de insolvencia, excepto si, con arreglo al régimen de la insolvencia, se da prelación a otro crédito. Estas excepciones deberán reducirse al mínimo y estipularse claramente en el régimen de la insolvencia. Esta recomendación se subordina a la recomendación 88 de la Guía de la Insolvencia".*]

Recomendaciones en materia de prelación sobre bienes específicos

Prelación de las garantías reales sobre títulos negociables

74. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un título negociable que se haya hecho eficaz frente a terceros por un método que no sea la posesión del título por el acreedor garantizado estará subordinada a los derechos del comprador, de otro acreedor garantizado o de otro cesionario en una operación de consenso que o bien:

a) Cumpla los requisitos de un tenedor protegido en virtud del régimen que rige los títulos negociables; o

b) Tome posesión del título negociable y dé valor de buena fe y sin conocimiento de que la transferencia se ha efectuado en violación de los derechos del tenedor de la garantía real.]

Prelación de las garantías reales sobre derechos al cobro del producto de promesas independientes

75. [Véase A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.2, recomendación 62.]

Prelación de las garantías reales sobre cuentas bancarias

76. El régimen debería disponer que toda garantía real sobre una cuenta bancaria, que se haya hecho eficaz frente a terceros mediante control, gozará de prelación sobre una garantía real sobre la cuenta bancaria que se haya hecho eficaz frente a terceros mediante inscripción de una notificación en el registro general de garantías reales. Si el acreedor garantizado es el banco depositario, la garantía real del banco depositario tendrá prelación sobre cualquier otra garantía real (incluida la que se haya hecho eficaz frente a terceros mediante un acuerdo de control con el banco depositario, aun cuando esa garantía del banco depositario se haya constituido posteriormente).

77. El régimen debería disponer que el derecho del banco depositario a deducir o a compensar de la cuenta bancaria las obligaciones adeudadas a dicho banco por el otorgante tendrá prelación sobre la garantía real de cualquier acreedor garantizado, salvo si es un acreedor garantizado que haya adquirido el control de la cuenta bancaria al convertirse en el cliente del banco depositario en lo que respecta a la cuenta bancaria.

78. En el caso de una transferencia de fondos de la cuenta bancaria iniciada por el otorgante, el régimen debería disponer que el beneficiario de la transferencia de fondos no estará sujeto al gravamen de garantía real sobre la cuenta bancaria, a menos que dicho cesionario actúe en colusión con el otorgante para privar al acreedor garantizado de su garantía real sobre los fondos. Esta recomendación no merma los derechos de los tenedores de fondos en cuentas bancarias que se rijan por un régimen distinto del presente régimen.

Prelación de las garantías reales sobre dinero

79. El régimen debería disponer que una persona que obtenga la posesión de dinero que esté sujeto a una garantía real dispondrá del dinero sin estar sujeto al gravamen de dicha garantía real, independientemente de que el dinero consista en los bienes originalmente gravados o en su producto, a menos que esa persona actúe en colusión con el cedente para privar al acreedor garantizado de su garantía real sobre el dinero. Esta recomendación no va en detrimento de los derechos de los tenedores de dinero en virtud de un régimen distinto del presente régimen.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que la recomendación 79 tiene la finalidad de promover el importante objetivo de maximizar la negociabilidad del dinero, limitándola solo cuando sea necesario para proteger al tenedor de la garantía real sobre el dinero frente a toda colusión entre un cesionario de dinero y su cedente. Se pretende que esta recomendación se armonice con la recomendación 78, relativa a las garantías reales sobre los fondos transferidos de una cuenta bancaria.*]

Prelación de garantías reales sobre documentos negociables y bienes abarcados por documentos negociables

80. El régimen debería disponer que, aunque los bienes estén en posesión de una persona que haya emitido un documento negociable respecto de ellos, toda garantía real sobre dichos bienes que haya adquirido eficacia frente a terceros al adquirir esa eficacia la garantía real sobre el documento negociable gozará de prelación sobre toda otra garantía real sobre los bienes que se haya hecho eficaz frente a terceros por un método diferente, mientras los bienes estaban abarcados por el documento de titularidad.

81. El régimen debería prever que una garantía real sobre un documento negociable y sobre los bienes que este abarque estará sujeta a los derechos que prevea el régimen que rija los documentos negociables de una persona con la que se haya negociado debidamente el documento negociable.

Prelación de las garantías reales sobre los bienes inmuebles por destino

82. El régimen debería prever que un acreedor garantizado con una garantía real sobre bienes inmuebles por destino que hayan adquirido eficacia frente a terceros mediante la legislación sobre bienes reales gozará de prelación sobre un acreedor garantizado que tenga una garantía real sobre dichos bienes inmuebles por destino que se haya hecho eficaz frente a terceros por uno de los métodos mencionados en la recomendación 35.

83. [Una garantía real sobre bienes corporales (que no sean ni títulos negociables ni documentos negociables) que sean o que vayan a convertirse en bienes inmuebles por destino y que adquirieron eficacia frente a terceros mediante la inscripción de una notificación en el registro inmobiliario en virtud de la recomendación 45 gozará de prelación sobre una garantía real constituida sobre el bien inmueble conexo que se haya registrado posteriormente.]

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la recomendación 83 conjuntamente con las recomendaciones pertinentes del capítulo relativo a los mecanismos de financiación de adquisiciones (véase A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5, recomendación 130* ter.]

84. El régimen debería disponer que la prelación de las garantías reales sobre bienes muebles por destino se regirá por las normas generales aplicables a los bienes muebles.

Prelación de las garantías reales sobre masas de bienes o productos

85. El régimen debería enunciar reglas que se ajustaran a las recomendaciones del presente capítulo en lo relativo a la prelación y que respetaran la prelación de las garantías reales sobre:

a) Los bienes muebles por destino sobre los derechos de reclamantes concurrentes sobre un bien al que el bien mueble por destino esté adherido; y

b) Un producto o una masa de productos sobre los derechos de reclamantes concurrentes sobre los bienes que integran el producto o la masa de bienes.

A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5

Recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

ADICIÓN

ÍNDICE

Recomendaciones

X. Mecanismos de financiación de adquisiciones . . . . . 125 a 135

X. Mecanismos de financiación de adquisiciones

Definiciones (véase A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1, párr. 21 b))

a) Por "garantía real" se entenderá un derecho real de origen contractual constituido sobre bienes muebles, independientes o incorporados, por el que se garantice el pago o alguna otra clase de cumplimiento de una o más obligaciones. [Las garantías reales incluyen las garantías reales para adquisiciones y las garantías reales no destinadas a adquisiciones.]

b) Por "garantía real de la adquisición" [en el contexto de un enfoque unitario] se entenderá un derecho real sobre un bien que garantice la obligación de pagar todo saldo pendiente del precio de compra del bien u otra obligación contraída para que el otorgante pueda adquirir el bien. Las garantías reales de la adquisición abarcan, además de las garantías reales propiamente dichas, los llamados acuerdos de retención de la titularidad, las operaciones de arriendo y compra, los arrendamientos financieros y las operaciones de préstamo de dinero para adquisiciones. El concepto de "otorgante" de una garantía real de la adquisición incluye al comprador, al arrendatario financiero o al otorgante en una operación de préstamo de dinero para una adquisición. El concepto de "financiador de la adquisición" incluye al vendedor con retención de la titularidad, al arrendador financiero y al prestamista de dinero para la adquisición.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee definir los mecanismos para la financiación de adquisiciones en términos del siguiente tenor: "Por mecanismos de financiación de adquisiciones [en el contexto de un enfoque unitario] se entenderán los arreglos que, prescindiendo de si se denominan o no mecanismos de garantía, permiten a una persona adquirir la posesión o la utilización de un bien, quedando sujeta a la obligación de pagar el precio a una persona que retiene la garantía real sobre los bienes hasta que se abone el precio". Esta definición podría insertarse justo antes de la definición de "garantía real de la adquisición".*

El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar las siguientes definiciones suplementarias que son necesarias para un enfoque no unitario y que tendrían el siguiente tenor: i) por "mecanismos de retención de la titularidad [en el contexto de un enfoque no unitario]" se entenderán los arreglos que permiten a una persona adquirir la posesión o la utilización de bienes, quedando sujeta a la obligación de pagar su precio a una persona que conserva la titularidad sobre los bienes hasta

que se abone el precio. Entre los mecanismos de retención de la titularidad [en el contexto de un enfoque no unitario] figuran las ventas con retención de la titularidad, los acuerdos de arrendamiento y compra, los arriendos financieros y las operaciones de préstamo de dinero para adquisiciones; y ii) "Derecho de propiedad en virtud de un mecanismo de retención de la titularidad" es la propiedad de un bien que respalda la obligación de pagar toda parte no abonada del precio de compra del bien u otra obligación contraída para que el comprador, el arrendatario financiero o el otorgante puedan adquirir el bien.

El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que, en el contexto de un enfoque no unitario, en el que los vendedores con retención de la titularidad y los arrendadores financieros son considerados propietarios, es preciso que los prestamistas de dinero para adquisiciones sean tratados también como propietarios (sobre este principio de igualdad de tratamiento, véase el documento A/CN.9/574, párr. 35).]

Finalidad (enfoque unitario)

La finalidad de las disposiciones del régimen sobre los mecanismos de financiación de adquisiciones es:

a) Reconocer la importancia y facilitar la utilización de la financiación de adquisiciones como fuentes de crédito asequible, en particular para las pequeñas y medianas empresas; y

b) Prever la igualdad de tratamiento de todos los proveedores de financiación para la adquisición, aplicándoseles el régimen general que rige las garantías reales;

c) Facilitar las operaciones garantizadas en general creando transparencia en los mecanismos de financiación de adquisiciones.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que el párrafo c) se ha agregado en la sección de finalidades del presente capítulo porque en los ordenamientos en que los mecanismos de financiación de adquisiciones no están sujetos a un requisito de inscripción registral adolecen de falta de transparencia en la financiación de adquisiciones y constituyen a menudo un grave obstáculo para la financiación de existencias y bienes de equipo sin fines de adquisición (así como para la financiación de los créditos por cobrar en los ordenamientos que reconocen los acuerdos ampliados de retención de la titularidad). Con una mayor transparencia se fomentarían notablemente esos tipos de financiación.*]

Finalidad (enfoque no unitario)

La finalidad de las disposiciones del régimen sobre los mecanismos de retención de la titularidad es:

a) Reconocer la importancia y facilitar la utilización de los mecanismos de retención de la titularidad como fuentes de crédito asequible, en particular para las pequeñas y medianas empresas; y

b) Prever la igualdad de tratamiento para todos los vendedores con retención de la titularidad, arrendadores financieros y prestamistas de dinero para

adquisiciones, y aplicar a los mecanismos de retención de la titularidad reglas cuyo resultado sea funcionalmente equivalente a los resultados de un régimen de garantías reales [en la medida en que sea compatible con el régimen pertinente de la propiedad];

c) Facilitar la utilización de las garantías reales creando transparencia en los mecanismos de retención de la titularidad.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que se ha preparado un conjunto distinto de recomendaciones para los Estados que prefieran adoptar un enfoque no unitario con respecto a los mecanismos de retención de la titularidad. A fin de utilizar la terminología pertinente y de reflejar una ligera diferencia en la cuestión, cuando sea necesario, se han agregado títulos separados a las recomendaciones basadas en el enfoque no unitario. Además, se han incluido números separados (pero iguales) a las recomendaciones del enfoque no unitario, no solo para facilitar su lectura sino también por si ulteriormente se reproducen como conjunto separado y unificado de recomendaciones al final de las recomendaciones sobre el enfoque unitario.*

El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que las palabras "en la medida en que sea compatible con el régimen pertinente de la propiedad" se han agregado para ajustar la sección de finalidades a una de las opciones sobre la ejecución de las garantías reales para adquisiciones en caso de insolvencia, que es el tratamiento de los financiadores de adquisiciones como propietarios (véase la recomendación 135 (enfoque no unitario)). El equivalente de esta recomendación se ha añadido también con respecto a la ejecución de una garantía real para adquisiciones al margen de un procedimiento de insolvencia (véase la recomendación 134 (enfoque no unitario)). Conforme a esta variante del enfoque no unitario, el tratamiento dado a la ejecución de garantías reales para adquisiciones en el marco y al margen de procedimientos de insolvencia no sería equivalente al tratamiento dado a las garantías reales, sino que se ajustaría más bien al tratamiento de la ejecución de derechos de propiedad (para un análisis de las diferencias, véase A/CN.9/WG.VI/WP.17, párrs. 39 a 42; véase también la nota correspondiente a la recomendación 134 infra*). En el comentario se estudiarán las consecuencias de ese enfoque (por ejemplo, la falta de uniformidad, las posibles repercusiones sobre la disponibilidad de crédito) para ayudar a los Estados a decidirse por una opción.*]

Equivalencia entre las garantías reales para adquisiciones y las garantías reales (enfoque unitario)

125. El régimen debería tratar a todos los derechos de garantía para adquisiciones como garantías reales (véase la definición de "garantía real" y la de "garantía real de la adquisición") y, así, las recomendaciones de la presente guía que rigen las garantías reales en general, complementadas por las recomendaciones concretas del presente capítulo, deberían ser igualmente aplicables a las garantías reales para adquisiciones ("enfoque unitario").

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar un texto adicional como el siguiente: "En tal caso, la caracterización de un derecho de garantía para adquisiciones como garantía real, con el resultado de que el acreedor garantizado para la adquisición es el acreedor garantizado y el otorgante es el propietario de los bienes gravados, es únicamente aplicable al aspecto de financiación garantizada en la operación. Mientras que la garantía real para adquisiciones respalda la obligación del otorgante a pagar el saldo del precio de compra, la operación subyacente sigue siendo una venta o un arrendamiento financiero. Por lo tanto, la legislación sobre ventas o arriendos continúa aplicándose a otros aspectos de la operación (tales como las garantías de titularidad y calidad, el derecho a la reventa o a subalquiler, la fiscalidad, los seguros y la contabilidad)". En el comentario se explicará que si, por ejemplo, un acreedor garantizado, en el marco de un mecanismo de financiación de adquisiciones, vendiera bienes de equipo a un comprador que no cumpliese, el comprador podría invocar los términos del contrato y otras leyes pertinentes para valerse de los recursos que tales leyes ofrecen al comprador, como el rechazo de los bienes y del contrato por el comprador.*]

Equivalencia de los derechos de propiedad en los mecanismos de retención de la titularidad con las garantías reales (enfoque no unitario)

125. Si el régimen excluye los derechos de propiedad de los mecanismos de retención de la titularidad en la definición de "garantías reales", debería prever que los prestamistas de dinero para adquisiciones estén en la misma situación inherente a una operación de retención de la titularidad mediante la transferencia de la propiedad ya sea del vendedor o del comprador. El régimen debería disponer también que las recomendaciones aplicables a las garantías reales, complementadas por las recomendaciones concretas aplicables a los derechos de propiedad en los mecanismos de retención de la titularidad del presente capítulo, serán aplicables a todos los mecanismos de retención de titularidad de modo que preserven la equivalencia funcional de los derechos, en los mecanismos de retención de la titularidad, con las garantías reales [en la medida en que sea compatible con el régimen pertinente de la propiedad].

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que, a fin de aplicar la decisión del Grupo de Trabajo de tratar en pie de igualdad a todos los proveedores de financiación para adquisiciones (véase A/CN.9/574, párr. 35), en el marco del enfoque no unitario, se han añadido palabras a la recomendación 125 (enfoque no unitario) para asegurar que los prestamistas de dinero para adquisiciones sean considerados propietarios. En el comentario se explicarán las palabras "en la medida en que sea compatible con el régimen pertinente de la propiedad" y sus consecuencias respecto de la ejecución de un derecho de propiedad en virtud de un mecanismo de retención de la titularidad en el marco y al margen de un procedimiento de insolvencia (véanse las recomendaciones 134 y 135 (enfoque no unitario* infra*).*]

Constitución de garantías reales para adquisiciones (enfoque unitario)

126. El régimen debería prever que una garantía real del pago de la adquisición queda constituida [del mismo modo que una garantía real en virtud de las recomendaciones 8 a 12] [mediante acuerdo entre el otorgante y el acreedor

garantizado, acuerdo que no necesita ser concertado por escrito ni estar documentado por ningún documento escrito y que no está sometido a ningún otro requisito de forma. Ese acuerdo puede ser demostrado por cualquier medio, incluso por testimonios].

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que la recomendación 126 (enfoque unitario) incluye las mismas opciones que la recomendación 126 (enfoque no unitario), a fin de poner en práctica el principio de la equivalencia. Sin embargo, si el Grupo decide mantener los requisitos de constitución aplicables en virtud de las recomendaciones 8 a 12, la recomendación 126 tal vez no resulte necesaria.*]

Constitución de derechos de propiedad mediante mecanismos de retención de la titularidad (enfoque no unitario)

126. El régimen debería disponer que todo derecho de propiedad en el marco de un mecanismo de retención de la titularidad se constituirá [del mismo modo que una garantía real en virtud de las recomendaciones 8 a 12] [mediante un acuerdo entre el comprador, el arrendatario financiero o el otorgante y el vendedor, el arrendador financiero o el prestamista de dinero para adquisiciones, que no debe constar por escrito ni figurar documentado por ningún escrito y que no estará sujeto a otro requisito de forma. El acuerdo podrá ser probado por cualquier medio, incluso por testimonios].

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que, a fin de asegurar que todas las cuestiones reguladas por las recomendaciones 8 a 12 estén cubiertas, en la recomendación 126 (enfoque no unitario) se hace referencia a la constitución, si bien con el mecanismo de retención de titularidad no se constituye ningún derecho de propiedad. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar otras variantes o pedir que se dé una explicación en el comentario.*

Tal como pidió el Grupo de Trabajo*, la recomendación 126 (enfoque no unitario) prevé dos variantes, una de las cuales se basa en el artículo 11 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa (CIM), y la otra, en los requisitos de forma previstos en las recomendaciones 8 a 12 del proyecto de guía.*

Con respecto a la recomendación 126 (enfoque no unitario), el Grupo de Trabajo tal vez desee que se agreguen al texto palabras del siguiente tenor: "El régimen debería también prever que un comprador, un arrendatario financiero o un otorgante en el marco de un mecanismo de retención de la titularidad tendrá el mismo poder para otorgar garantías reales sobre los bienes vendidos o arrendados a pesar de los derechos de propiedad del vendedor, del arrendador o del prestamista de dinero para adquisiciones".]

Eficacia de los derechos de financiación para adquisiciones frente a terceros (enfoque unitario)

127. Salvo si en la recomendación 128 se dispone otra cosa, el régimen debería prever que una garantía real sin desplazamiento para adquisiciones adquiere eficacia frente a terceros mediante la inscripción de una notificación de la garantía en el registro general de garantías reales, del mismo modo en que lo disponen las recomendaciones del capítulo V con respecto a las garantías reales sobre el mismo

tipo de bienes gravados. Si la notificación se inscribe en un plazo no inferior a [especifíquese un breve período, de 20 o 30 días, por ejemplo] días a partir del momento de la entrega de los bienes al otorgante, el derecho adquirirá eficacia frente a los terceros cuyos derechos nacieron entre el momento de la constitución de la garantía real para adquisiciones y el momento de su inscripción, así como frente a terceros cuyos derechos fueron registrados posteriormente. Si la notificación se inscribe una vez transcurrido ese plazo, la garantía real para adquisiciones será eficaz frente a terceros a partir de la inscripción de la notificación.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que las referencias a la posesión "efectiva" y a la entrega "física" en las recomendaciones 127, 129 y 130 se han suprimido en el entendimiento de que en la sección de terminología ya se explicará que la posesión se entiende como "efectiva" y la entrega, como "física".*]

Eficacia de los derechos de propiedad en los mecanismos de retención de la titularidad frente a terceros (enfoque no unitario)

127. Salvo si la recomendación 128 dispone otra cosa, el régimen debería prever que un derecho de propiedad en el marco de un mecanismo de retención de la titularidad surte efecto frente a terceros mediante la inscripción de una notificación del derecho en un registro general de garantías reales, del mismo modo que se dispone en las recomendaciones del capítulo V con respecto a las garantías reales constituidas sobre el mismo tipo de bienes gravados. Si la notificación no se registra antes de [especifíquese un período breve de, por ejemplo, 20 o 30 días] días a partir de la fecha de la entrega de las mercancías al comprador, al arrendatario financiero o al otorgante, el derecho será eficaz frente a los terceros cuyos derechos hayan nacido entre el momento en que se concluyó el mecanismo de retención de la titularidad y el momento de su inscripción, así como frente a los terceros cuyos derechos se hayan inscrito posteriormente. Si la notificación se inscribe después de la expiración de dicho período, el derecho de propiedad en el marco del mecanismo de retención de la titularidad será eficaz frente a terceros desde el momento en que la notificación esté inscrita.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse la posibilidad de agregar a la recomendación 127 (enfoque no unitario) un texto del siguiente tenor: "En el caso de un mecanismo de retención de la titularidad, la eficacia frente a terceros y la prelación sobre demandantes concurrentes significa que el derecho de propiedad del vendedor con retención de titularidad, del arrendador financiero o del prestamista de dinero para adquisiciones de bienes podrá hacerse oponible a terceros, incluidos los demandantes concurrentes que presenten su reclamación por conducto del comprador, del arrendatario o del otorgante".*]

Excepciones al requisito de inscripción registral (enfoque unitario)

128. El régimen debería disponer que una garantía real para adquisiciones de bienes de consumo adquirirá eficacia frente a terceros en el momento de constituirse. Esta recomendación no afecta a los derechos que ya sean eficaces frente a terceros mediante la entrega de la posesión de los bienes gravados al acreedor garantizado conforme a las recomendaciones 38 a 40 o mediante la inscripción en un registro

especializado de titularidad o la anotación en un certificado de titularidad conforme a la recomendación 40 *bis*.

Excepciones al requisito de inscripción registral (enfoque no unitario)

128. El régimen debería disponer que un derecho de propiedad en el marco de un mecanismo de retención de la titularidad sobre bienes de consumo adquirirá eficacia frente a terceros al constituirse. Esta recomendación no afecta a los derechos que se hayan hecho eficaces frente a terceros mediante la entrega de la posesión de los bienes gravados al acreedor garantizado conforme a las recomendaciones 38 a 40 o mediante la inscripción en un registro especializado de la titularidad o la anotación en un certificado de titularidad conforme a la recomendación 40 *bis*.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse la posibilidad de si todas las garantías reales sobre bienes de consumo (quizá con la excepción de las garantías reales sobre bienes de consumo que vayan a convertirse en bienes inmuebles por destino) deben quedar exoneradas del requisito de inscripción registral (véase A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.3, recomendación 35* bis *h)).*]

Prelación de las garantías reales para adquisiciones de bienes que no sean existencias ni bienes de consumo respecto de garantías sin fines de adquisición inscritas anteriormente sobre los mismos bienes (enfoque unitario)

129. En el caso de los bienes que no sean existencias ni bienes de consumo, el régimen debería prever que una garantía real del pago de una adquisición tendrá prelación sobre una garantía real sin fines de adquisición sobre los mismos bienes (aun cuando se haya inscrito una notificación de dicha garantía real en el registro general de garantías reales antes de que se haya inscrito una notificación sobre la garantía para adquisiciones), cuando: i) el financiador de la adquisición retenga la posesión de los bienes; o ii) la notificación de la garantía real para adquisiciones haya sido registrada en un plazo de [el mismo número de días especificados en la recomendación 127] días contados a partir de la entrega de los bienes al otorgante.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que una situación común en que se plantea este tipo de conflicto de prelaciones es cuando un acreedor garantizado preexistente dispone de una garantía real sobre todos los bienes del otorgante, tanto sobre los ya existentes como sobre los adquiridos posteriormente.*]

Prelación de los derechos de propiedad en el marco de los mecanismos de retención de la titularidad sobre bienes que no sean existencias ni bienes de consumo respecto de las garantías reales registradas anteriormente sobre los mismos bienes (enfoque no unitario)

129. En el caso de los bienes que no sean existencias ni bienes de consumo, el régimen debería prever que un derecho de propiedad en el marco de un mecanismo de retención de la titularidad tendrá prelación sobre una garantía real sobre los mismos bienes (aun cuando la notificación de esa garantía real haya sido inscrita en el registro general de garantías reales antes de que se inscribiera una notificación del derecho de propiedad en virtud del mecanismo para la retención de la titularidad), cuando: i) el vendedor, el arrendador financiero o el prestamista de dinero para la adquisición retengan la posesión de los bienes; [*Nota para el Grupo de Trabajo:*

El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si la condición i) podría aplicarse a un mecanismo de retención de la titularidad, habida cuenta de que normalmente la posesión de los bienes se entrega al comprador, al arrendatario financiero o al otorgante.] ii) la notificación del derecho de propiedad en virtud del mecanismo de retención de la titularidad fue registrada en el plazo de [el mismo número de días especificado en la recomendación 127] días contado a partir de la entrega de los bienes al comprador, al arrendatario financiero o al otorgante.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicarán las repercusiones de las recomendaciones 129 y 130 en sistemas no unitarios que se ajustarán a lo descrito en el documento A/CN.9/588, párr. 60.*]

Prelación de las garantías reales para adquisiciones de existencias respecto de garantías reales anteriores no destinadas a adquisiciones y constituidas sobre existencias del mismo tipo (enfoque unitario)

130. El régimen debería disponer que una garantía real para adquisiciones de existencias del otorgante gozará de prelación sobre una garantía real no destinada a adquisiciones sobre las existencias del otorgante del mismo tipo (aun cuando esa garantía real haya adquirido eficacia frente a terceros antes de que la garantía para adquisiciones adquiriera dicha eficacia), cuando: i) el financiador de la adquisición retenga la posesión de los bienes; o ii) antes de la entrega de las existencias al otorgante: a) se haya inscrito una notificación de la garantía real de adquisición en el registro general de garantías reales; y b) se notifique por escrito al tenedor de la garantía real registrada en primer lugar que el financiador de la adquisición se propone realizar una o más operaciones conforme a las cuales esa persona gozará de una garantía real para adquisiciones con respecto a las existencias adicionales del otorgante suficientemente descritas en la notificación para informar al tenedor de una garantía real anteriormente inscrita del tipo de existencias que se van a financiar.

Prelación de los derechos de propiedad en los mecanismos de retención de la titularidad de existencias respecto de las garantías reales registradas anteriormente sobre existencias del mismo tipo (enfoque no unitario)

130. El régimen debería disponer que un derecho de propiedad en el marco de un mecanismo de retención de la titularidad de existencias gozará de prelación sobre una garantía real sobre existencias del mismo tipo (aun cuando esa garantía adquiriera eficacia frente a terceros antes de que la adquiriera el derecho de propiedad en virtud del mecanismo de retención de la titularidad), cuando: i) el vendedor, el arrendador financiero o el prestamista de dinero para la adquisición retengan la posesión de los bienes [*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si la condición i) sería aplicable a una operación de retención de la titularidad o a un arrendamiento financiero habida cuenta de que normalmente la posesión de los bienes se entrega al comprador, al arrendatario financiero o al otorgante*]*;* o ii) antes de la entrega de las existencias al comprador, al arrendatario financiero o al otorgante: a) se inscriba una notificación del derecho de propiedad en virtud del mecanismo de retención de la titularidad en el registro general de garantías reales; y b) se notifique por escrito al tenedor de una garantía real anterior que el vendedor, el arrendador financiero o el prestamista de dinero

para la adquisición se proponen realizar una o más operaciones conforme a las cuales esa persona retendrá la titularidad sobre las existencias con respecto a las existencias adicionales que se describan suficientemente en la notificación para informar al tenedor de una garantía real anteriormente inscrita del tipo de existencias que se van a financiar.

[Prelación de las garantías reales de adquisición sobre los derechos de acreedores no garantizados sobre los bienes gravados (enfoque unitario)

130 *bis*. El régimen debería disponer que, no obstante la recomendación 62, una garantía real de adquisición que adquiera eficacia frente a terceros durante el período de gracia previsto en la recomendación 127 gozará de prelación sobre los derechos de un acreedor no garantizado que haya conseguido, en virtud de un régimen distinto del presente régimen, una sentencia contra el otorgante tras la constitución de la garantía real y haya adoptado las medidas necesarias para adquirir los derechos sobre los bienes gravados del otorgante a raíz de la sentencia.

Prelación de los derechos de propiedad en virtud de mecanismos de retención de la titularidad respecto de los derechos de acreedores no garantizados sobre los bienes pertinentes (enfoque no unitario)

130 *bis*. El régimen debería prever que, no obstante la recomendación 62, un derecho de propiedad basado en un mecanismo de retención de la titularidad que adquiera eficacia frente a terceros durante el período de gracia previsto en la recomendación 127 gozará de prelación sobre los derechos de un acreedor no garantizado que, en virtud de un régimen distinto del presente régimen, haya obtenido una sentencia contra el comprador, el arrendatario financiero o el otorgante tras la constitución de los derechos de propiedad en virtud del mecanismo de retención de la titularidad y haya adoptado las medidas necesarias para adquirir derechos sobre los bienes pertinentes del comprador, del arrendatario financiero o del otorgante a raíz de la sentencia.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si una garantía real para compras que adquirió eficacia frente a terceros durante el período de gracia pertinente no debería perder sus derechos en beneficio de un acreedor judicial, descrito en la presente recomendación, cuyo interés en el bien gravado naciera después de la constitución de la garantía real para compras pero antes de que ésta adquiriera eficacia frente a terceros. De no ser este el caso, la utilización del período de gracia entrañaría demasiados riesgos para los financiadores de adquisiciones. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar esta recomendación conjuntamente con la recomendación 62 (véase A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.4).*]

Prelación de las garantías reales de adquisición sobre bienes inmuebles por destino respecto de las garantías reales constituidas anteriormente sobre los bienes inmuebles (enfoque unitario)

130 *ter*. El régimen debería prever que una garantía real para adquisiciones sobre bienes que vayan a convertirse en bienes inmuebles por destino, respecto de la cual se haya inscrito una notificación en el registro inmobiliario en el plazo de [...] días a partir de la fecha en que los bienes se convirtieran en bienes inmuebles por destino, gozará de prelación sobre una hipoteca existente sobre los bienes inmuebles

(a diferencia de una hipoteca que respalde los préstamos de financiación de la construcción de un inmueble).

Prelación de los derechos de propiedad en virtud de los mecanismos de retención de la titularidad con respecto a bienes inmuebles por destino sobre las garantías reales inscritas anteriormente sobre los bienes inmuebles (enfoque no unitario)

130 *ter*. El régimen debería prever que un derecho de propiedad en virtud de un mecanismo de retención de la titularidad sobre los bienes que vayan a convertirse en bienes inmuebles por destino, con respecto a la cual se haya inscrito una notificación en el registro inmobiliario en el plazo de [...] días después de que los bienes se conviertan en bienes inmuebles por destino, gozará de prelación sobre una hipoteca existente sobre los bienes inmuebles conexos (a diferencia de una hipoteca que respalde los préstamos para la financiación de la construcción de un inmueble).]

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que la prelación absoluta introducida por esta recomendación probablemente no perjudicaría a los derechos del tenedor de una hipoteca existente sobre los bienes inmuebles conexos ya que, presumiblemente, el acreedor hipotecario en esa hipoteca no contó, en el momento de realizarse la hipoteca, con que los bienes adquiridos posteriormente se convirtieran en bienes inmuebles por destino. La prelación absoluta creada por esta regla no significa que se otorgue prelación sobre los prestamistas para obras, de quienes se supone que contarán con todos los bienes que se convertirán en bienes inmuebles por destino durante las obras.*]

Una o más operaciones de financiación de adquisiciones (enfoque unitario)

131. El régimen debería disponer que una única notificación a los tenedores de garantías reales no destinadas a adquisiciones y registradas anteriormente puede cubrir los bienes gravados adquiridos a través de una o más operaciones de financiación de adquisiciones entre las mismas partes (sin que esas operaciones deban ser mencionadas en la notificación). No obstante, la notificación debería ser eficaz únicamente para las garantías reales de adquisiciones sobre bienes gravados inscrita durante el período de [especificar un plazo, por ejemplo, de cinco años] a partir del momento en que se haya dado la notificación.

Uno o más mecanismos de retención de la titularidad (enfoque no unitario)

131. El régimen debería disponer que una única notificación a los tenedores de garantías reales inscritas anteriormente puede abarcar los bienes adquiridos mediante uno o varios mecanismos de retención de la titularidad entre las mismas partes (sin que esos mecanismos deban especificarse en la notificación). Sin embargo, la notificación debería surtir efecto únicamente para los derechos de propiedad sobre bienes entregados en el plazo de [especifíquese un plazo, por ejemplo, de cinco años] después de que se haya dado la notificación.

Prelación de las garantías reales del pago de una adquisición sobre el producto de bienes que no sean existencias ni bienes de consumo (enfoque unitario)

132. El régimen debería disponer que la prelación, prevista en la recomendación 129 (enfoque unitario) de una garantía de adquisición sobre bienes que no sean existencias ni bienes de consumo sobre una garantía real sobre los mismos bienes no destinada a adquisiciones y que se haya registrado anteriormente se hará extensiva al producto de dichos bienes.

Prelación de los derechos de propiedad en virtud de mecanismos de retención de la titularidad sobre el producto de bienes que no sean existencias ni bienes de consumo (enfoque no unitario)

132. El régimen debería disponer que la prelación, prevista en la recomendación 129 (enfoque no unitario), de un derecho de propiedad en virtud de un mecanismo de retención de la titularidad sobre bienes que no sean existencias se hará extensiva al producto de dichos bienes.

Prelación de las garantías reales del pago de adquisiciones sobre el producto de las existencias (enfoque unitario)

133. El régimen debería disponer que la prelación, prevista en la recomendación 130 (enfoque unitario), de una garantía real del pago de una adquisición sobre existencias respecto de una garantía real del mismo tipo no destinada a tal pago pero constituida anteriormente se hará extensiva al producto de dichas existencias [que no sean créditos por cobrar], siempre y cuando el financiador de la adquisición notifique a los financiadores registrados anteriormente una garantía real sobre existencias del mismo tipo que el producto, antes de la entrega de las existencias al otorgante o, a más tardar, en el momento en que se genere el producto.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que, si bien aprobó que la prelación absoluta o privilegiada prevista en la recomendación 130 se hiciera extensiva a todo el producto, tal vez convenga examinar si esa prelación absoluta debería hacerse extensiva al producto consistente en créditos por cobrar. En caso de ser así, se desalentaría notablemente la financiación mediante la cesión de créditos. En muchos casos el financiador de los créditos por cobrar no tiene ningún otro medio práctico para determinar cuáles de los créditos estarán sujetos a la garantía real absoluta del financiador de adquisiciones. Asimismo, en situaciones en que un único crédito por cobrar abarque tanto los bienes sujetos a un mecanismo de financiación de adquisiciones como bienes no sujetos a tal tipo de mecanismo, puede ocurrir que el financiador de los créditos no disponga de ningún medio práctico para asignar el producto del crédito al financiador de adquisiciones. A consecuencia de ello, el financiador de los créditos puede dejar de aportar fondos al recibir la notificación prevista en la presente recomendación. Esa posibilidad desalentará la financiación mediante cesión de créditos o, si el financiador de créditos accede a seguir financiándolos solo si no existen mecanismos de financiación de la adquisición de existencias, desalentará la financiación de adquisiciones. Ninguna de las posibilidades es conforme a los objetivos de la presente Guía. Una mejor solución consistiría en que la prioridad del financiador de las existencias no se hiciera extensiva al producto consistente en créditos por cobrar, de modo que el financiador de los créditos se viera alentado a proporcionar crédito financiero contra el pago de créditos por*

cobrar y el otorgante utilizara el producto de dichos créditos para pagar al financiador de las existencias. El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos en que se reconocen los acuerdos de retención de la titularidad, el derecho de propiedad del vendedor con retención de la titularidad sobre las existencias vendidas no se hace extensivo a los créditos por cobrar que nazcan de la venta de tales existencias.]

Prelación de los derechos de propiedad en virtud de mecanismos de retención de la titularidad sobre el producto de las existencias (enfoque no unitario)

133. El régimen debería disponer que la prelación, prevista en la recomendación 130 (enfoque no unitario), de un derecho de propiedad en virtud de un mecanismo de retención de la titularidad sobre existencias respecto de una garantía real sobre existencias del mismo tipo anteriormente registrada se hará extensiva al producto de dichas existencias [que no sean créditos por cobrar], siempre y cuando el vendedor con retención de la titularidad, el arrendador financiero o el prestamista de dinero para la adquisición hayan notificado a financiadores ya registrados la garantía real sobre existencias del mismo tipo que el producto antes de que se entregaran efectivamente las existencias al comprador, al arrendatario financiero o al otorgante, o, a más tardar, en el momento en que se generó el producto.

Ejecución (enfoque unitario)

134. El régimen debería disponer que las recomendaciones del capítulo VIII serán aplicables a la ejecución de garantías del pago de adquisiciones.

Ejecución (enfoque no unitario)

134. [El régimen debería disponer que, en caso de incumplimiento, deberá ejecutarse un mecanismo de retención de la titularidad de modo que: i) se cumplan los mismos principios y objetivos que los que rigen la ejecución de las garantías reales en general; y ii) se obtengan los mismos resultados.]

[*Nota para el Grupo de Trabajo: En su octavo período de sesiones, el Grupo de Trabajo recomendó que se formulara el enfoque no unitario con términos como los enunciados más arriba.*]

[El régimen debería disponer que las recomendaciones del capítulo VIII serán aplicables a la ejecución de los derechos de propiedad en virtud de mecanismos de retención de la titularidad en la medida en que sean compatibles con el régimen aplicable a la ejecución de los derechos de propiedad.]

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que las últimas palabras de la segunda variante de un enfoque no unitario ajustarían dicho enfoque al derecho existente en cada Estado en lo relativo a la ejecución de los derechos de propiedad, más que a las recomendaciones de la Guía relativas a la ejecución. Por ejemplo, en algunos ordenamientos, esto significaría que, en caso de incumplimiento, se permitiría a un vendedor que retuviera la titularidad y obtuviera la posesión de los bienes retener, más que enajenar, los bienes y este no tendría que rendir cuentas al comprador de todo eventual superávit en el valor de esos bienes correspondiente a la parte no pagada del precio de adquisición ni tendría ninguna reclamación contra el comprador respecto de esa parte no pagada (para un análisis de las diferencias, véase A/CN.9/WG.VI/WP.17,*

párrs. 39 a 42; véase también la segunda variante de la recomendación con enfoque no unitario relativa a la ejecución de los derechos de propiedad en virtud de mecanismos de retención de la titularidad en procedimientos de insolvencia, que figura más abajo).

Para procurar compaginar la certeza y la uniformidad por un lado, y la flexibilidad, por otro, el Grupo de Trabajo tal vez desee incluir en la recomendación 134 (enfoque no unitario) dos variantes, al estilo de las variantes de la recomendación 135 (enfoque no unitario). Una de las variantes podría formularse con términos del tenor de la recomendación 134 (enfoque unitario) y la otra podría formularse ajustándose a la segunda variante de la recomendación 134 (enfoque no unitario). Así pues, en el contexto de un enfoque no unitario, los Estados podrían elegir entre una recomendación que se ajustara al enfoque no unitario para la ejecución de las recomendaciones de la Guía y una recomendación que se atuviera al enfoque no unitario del derecho existente en el Estado promulgante en lo que respecta a la ejecución de los derechos de propiedad. En el comentario podrían analizarse estas variantes para ayudar a los Estados a adoptar una decisión.

El Grupo de Trabajo tal vez desee también examinar un texto adicional del siguiente tenor: "En el caso de un derecho de propiedad en virtud de un mecanismo de retención de la titularidad, si se requiere la inscripción de una notificación en el registro general de garantías reales, pero este derecho no figura registrado o se registró después de expirar el plazo especificado en la recomendación 127, el vendedor con retención de titularidad, el arrendador financiero o el prestamista de dinero para adquisiciones tendrán derecho a volver a tomar posesión de los bienes únicamente si estos están todavía en posesión del vendedor, del arrendatario financiero o del otorgante, y se harán cargo de los bienes con sujeción a toda garantía real otorgada por el comprador, el arrendatario financiero o el otorgante. No obstante, en caso de inscripción tardía, si la notificación fue inscrita antes de la venta de los bienes por el comprador originario, el arrendatario financiero o el otorgante, el vendedor, el arrendador financiero o el prestamista de dinero para adquisiciones podrán volver a tomar posesión de los bienes que estén en posesión del comprador subsiguiente a menos que se trate de [un comprador de existencias que efectúe la compra en el curso ordinario del negocio del vendedor y de toda otra persona cuyos derechos sobre las existencias se deriven de dicho comprador (aun cuando ese vendedor u otra persona tengan conocimiento de la existencia de la garantía real)] [un comprador de buena fe]".]

Insolvencia

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Véanse las recomendaciones A y B en las recomendaciones de la presente Guía sobre la Insolvencia:*

Enfoque unitario

A. El régimen de la insolvencia debería especificar que, en caso de insolvencia del otorgante, el financiador de la adquisición tendrá los mismos derechos y obligaciones que el titular de un derecho garantizado.

Enfoque no unitario

B. [*El régimen de la insolvencia debería especificar que, en caso de procedimiento de insolvencia respecto de un comprador sujeto a un acuerdo de retención de la titularidad, de un otorgante o de un arrendatario financiero, el vendedor, el prestamista que financie el precio de adquisición o el arrendador financiero tendrán los mismos derechos y obligaciones que el titular de un derecho garantizado.] [El régimen de la insolvencia debería especificar que, en caso de procedimiento de insolvencia respecto de un comprador sujeto a un acuerdo de retención de la titularidad, de un otorgante o de un arrendatario financiero, el vendedor o el arrendador financiero tendrán los mismos derechos y obligaciones de un tercero que sea propietario del bien con arreglo a la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia.]*]

Conflicto de leyes (enfoque unitario)

135. El régimen debería disponer que las recomendaciones sobre conflicto de leyes del capítulo XI serán aplicables a las garantías reales del pago de adquisiciones.

Conflicto de leyes (enfoque no unitario)

135. El régimen debería disponer que las recomendaciones sobre conflicto de leyes del capítulo XI serán aplicables a los mecanismos de retención de la titularidad.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee remitirse, en esta recomendación, a la definición de otorgante para los mecanismos de retención de la titularidad incluida en el presente capítulo, a saber, que el "otorgante", en el contexto de un mecanismo de financiación de adquisiciones, incluye al comprador, al arrendatario financiero o al otorgante en una operación de préstamo de dinero para una adquisición. El "financiador de adquisiciones" incluye al vendedor con retención de la titularidad, al arrendador financiero y al prestamista de dinero para el pago de la adquisición.*]

F. Informe del Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales acerca de la labor de su décimo período de sesiones (Nueva York, 1 a 5 de mayo de 2006)

(A/CN.9/603) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1
II.	Organización del período de sesiones	2-7
III.	Deliberaciones y decisiones	8
IV.	Preparación de una guía legislativa sobre las operaciones garantizadas	9-106
	A. Garantías reales sobre créditos por cobrar (A/CN.9/WG.VI/WP.26)	9-39
	B. Garantías reales sobre títulos negociables (A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.2)	40-50
	C. Garantías reales sobre documentos negociables (A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.3)	51-62
	D. Garantías reales sobre derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria (A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.1)	63-78
	E. Garantías reales sobre derechos al cobro del producto de una garantía independiente (A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.2)	79-88
	F. Capítulo VII. Derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento (A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.1)	89-91
	G. Capítulo VIII. Incumplimiento y vía ejecutoria (A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.1)	92-106
V.	Labor futura	107-110

I. Introducción

1. En su actual período de sesiones, el Grupo de Trabajo VI prosiguió su labor de preparación de una guía legislativa sobre las operaciones garantizadas con arreglo a una decisión adoptada por la Comisión en su 34º período de sesiones, en 2001[26].

[26] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17* y corrección (A/56/17 y Corr.3), párr. 358. En el documento A/CN.9/WG.VI/WP.22 se encontrará un historial del proyecto. Los informes de los períodos de sesiones primero a séptimo del Grupo de Trabajo figuran en los documentos A/CN.9/512, A/CN.9/531, A/CN.9/532, A/CN.9/543, A/CN.9/549, A/CN.9/570 y A/CN.9/574. Los informes de los períodos de sesiones conjuntos primero y segundo de los Grupos de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) y VI (Garantías Reales) figuran en los documentos A/CN.9/535 y A/CN.9/550. El examen de estos informes por parte de la Comisión se refleja en los documentos A/57/17 (párrs. 202 a 204), A/58/17 (párrs. 217 a 222), A/59/17 (párrs. 75 a 78) y A/60/17 (párrs. 185 a 187).

La decisión de la Comisión de emprender la labor sobre el régimen de los créditos garantizados se adoptó ante la necesidad de estatuir un régimen legal eficiente que eliminara los obstáculos jurídicos impuestos a los créditos garantizados y que pudiera así repercutir favorablemente en la oferta de crédito financiero y en su costo[27].

II. Organización del período de sesiones

2. El Grupo de Trabajo, que está formado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su décimo período de sesiones en Nueva York del 1 al 5 de mayo de 2006. Al período de sesiones asistieron los representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argelia, Argentina, Austria, Bélgica, Benin, Brasil, Canadá, China, Colombia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, Guatemala, India, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Kenya, Lituania, Madagascar, México, Polonia, República Checa, República de Corea, Sri Lanka, Suecia, Suiza, Tailandia, Túnez, Uganda y Uruguay.

3. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Filipinas, Guinea, Hungría, Irlanda, Maldivas, República Dominicana y Zambia.

4. Asistieron también al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales:

a) *Sistema de las Naciones Unidas*: Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional y Organización Mundial de la Propiedad Intelectual;

b) *Organizaciones no gubernamentales internacionales invitadas por la Comisión*: *American Bar Association*, Asociación Europea de Estudiantes de Derecho, *Association of the Bar of the City of New York*, Cámara de Comercio Internacional, Centro de Estudios Jurídicos Internacionales, Centro Nacional de Investigaciones Jurídicas para el Libre Comercio, *Commercial Finance Association*, Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia, *Forum for International Commercial Arbitration*, Instituto Max Planck de Derecho Extranjero y Derecho Internacional Privado, *International Insolvency Institute*, *International Swaps and Derivatives Association*, International Trademark Association y New York City Bar Association.

5. El Grupo de Trabajo eligió a los siguientes miembros de la Mesa:

Presidenta: Sra. Kathryn SABO (Canadá)

Relatora: Sra. Margaret Kaggwa KASULE (Uganda)

6. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición los siguientes documentos: A/CN.9/WG.VI/WP.24 y adiciones 1, 2 y 5 (Recomendaciones) y A/CN.9/WG.VI/WP.26 y adiciones 1 a 4 (Recomendaciones).

---

[27] *Ibid.*, *quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/55/17), párr. 455, y *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17* y corrección (A/56/17 y Corr.3), párr. 347.

7. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Apertura del período de sesiones y calendario de reuniones.
2. Elección de la Mesa.
3. Aprobación del programa.
4. Preparación de una guía legislativa sobre las operaciones garantizadas.
5. Otros asuntos.
6. Aprobación del informe.

III. Deliberaciones y decisiones

8. El Grupo de Trabajo examinó las recomendaciones concernientes a las garantías reales sobre créditos por cobrar, títulos y otros documentos negociables, derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, derechos al cobro del producto de una promesa independiente, así como recomendaciones sobre los derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento, y las recomendaciones 88 a 111 sobre incumplimiento y vía ejecutoria. Las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo figuran a continuación en el capítulo IV. Se pidió a la Secretaría que revisara dichas recomendaciones a la luz de las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo.

IV. Preparación de una guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

A. Garantías reales sobre créditos por cobrar (A/CN.9/WG.VI/WP.26)

1. Definiciones

9. A reserva de la sustitución, en la versión inglesa, de la palabra “fixtures” por la palabra “attachments” (bienes incorporados) en la definición a) (“garantía real”), el Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de las definiciones enunciadas en los párrafos a), d) (“acreedor garantizado”) y f) (“otorgante”) y decidió suprimir la definición del párrafo n) (“crédito”) (véase el párrafo 35). El Grupo de Trabajo también aprobó sin cambios el contenido de las definiciones de los párrafos o) (“crédito por cobrar”), p) (“cesión”), q) (“cedente”), r) (“cesionario”) y s) (“cesión subsiguiente)”.

10. Con respecto a la definición del párrafo t) (“deudor de una cuenta”), se convino en que se suprimiera la palabra “cuenta”, pues no era universalmente entendida y no se ajustaba a la terminología empleada en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (en adelante “la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos”). En cuanto a la distinción entre el deudor de la obligación garantizada y el deudor del crédito se formularon varias sugerencias, concretamente la de utilizar el término “prestatario” o “parte obligada” o “sujeto pasivo de la obligación” en sustitución de “deudor de la obligación garantizada”. A reserva de esta modificación, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la definición del párrafo t).

11. Con respecto a la definición del párrafo u) ("notificación de la cesión"), se convino en que en el comentario se explicara que el acto de comunicación estaba también incluido (no solo el documento) y que se englobaban todas las comunicaciones con independencia de si hubieran tenido lugar o no en el contexto de la presentación judicial de documentos u otro tipo de presentación.

12. Con respecto a la definición del párrafo v) ("contrato originario"), el Grupo de Trabajo convino en que tal vez habría que reexaminar la definición para tener en cuenta las fuentes de obligaciones extracontractuales (véase el párrafo 36).

13. Se convino asimismo que se ampliara el sentido del término "escrito" para que abarcara también la comunicación electrónica, como se dispone en la recomendación 11 (véase A/CN.9/WG.VI/WP.21), pero que la cuestión relativa a la firma se aplazara hasta que el Grupo de Trabajo llegara a un acuerdo sobre el contenido de la recomendación 12.

2. Recomendaciones

Recomendaciones 3 d) y f) (partes, garantías reales, obligaciones garantizadas y bienes abarcados)

14. A reserva de la sustitución, en la versión inglesa, de la palabra "fixtures" por el término "attachments", el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 3 d). El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de la recomendación 3 f).

Recomendación 13 (bienes y obligaciones sujetos a una garantía real)

15. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de la recomendación 13.

Recomendación 14 (eficacia de una cesión global y de una cesión de créditos futuros, de partes de créditos o derechos indivisos sobre créditos)

16. A reserva de la supresión de la palabra "cuenta" en las referencias al deudor, el Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de la recomendación 14.

Recomendación 15 (eficacia de una cesión efectuada a pesar de la existencia de una cláusula de intransferibilidad)

17. El Grupo de Trabajo convino en que, en aras de la coherencia con la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, se mantuviera en el texto sin los corchetes la recomendación 15 c) por la que se limitaba el ámbito de aplicación de la recomendación 15 a determinados tipos de créditos. A reserva de la supresión de la palabra "cuenta" en las referencias al deudor, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 15.

Recomendación 16 (constitución de una garantía real sobre un derecho que respalde un crédito cedido, un título negociable o cualquier otra obligación)

18. El Grupo de Trabajo examinó una propuesta encaminada a introducir ajustes en la recomendación 16, referente a la constitución automática (es decir, sin un acto separado de constitución), de una garantía real sobre un derecho personal o real que respalde el pago de un crédito por cobrar, de un título negociable o de otra obligación cuando la obligación esté conceptuada como bien gravado en el proyecto

de guía, y encaminada también a agregar al texto dos nuevas recomendaciones. La primera recomendación se refiere a la eficacia automática frente a terceros de los derechos automáticamente constituidos. La segunda nueva recomendación ampliaría el alcance del proyecto de guía para abarcar también un derecho personal o real que normalmente estaría al margen del ámbito de la Guía en el supuesto limitado de que una garantía real sobre un derecho personal o real se constituyera automáticamente y adquiriera automáticamente eficacia frente a terceros.

19. Para la recomendación 16 se propuso un texto del siguiente tenor:

> "El régimen debería disponer que al constituirse una garantía real sobre un crédito por cobrar, un título negociable o cualquier otra obligación que entrara en el concepto de bien gravado en la presente Guía, quedará automáticamente constituida una garantía real sin que haga falta que el otorgante ni el acreedor garantizado adopten otras medidas, sobre cualquier derecho personal o real que garantice o respalde el pago o el cumplimiento de ese crédito, de ese título negociable o de otra obligación. Si el derecho personal o real es una promesa independiente, el régimen no debería disponer que una garantía sobre el derecho a cobrar con cargo a una promesa independiente se constituirá automáticamente sino que debería disponer que se constituirá automáticamente una garantía real sobre el derecho a cobrar el producto de la promesa independiente. La presente recomendación no será aplicable a los derechos sobre bienes inmuebles que en virtud de la ley aplicable sean transferibles independientemente del crédito, del título negociable o de otra obligación que la garantía pueda respaldar."

20. Además, se propuso un texto para una nueva recomendación sobre la eficacia frente a terceros. El texto de la nueva recomendación es el siguiente:

> "El régimen debería disponer que al adquirir eficacia frente a terceros una garantía real sobre un crédito, un título negociable o cualquier otra obligación conceptuada como bien gravado en la presente Guía que adquieran eficacia frente a terceros, la garantía real será automáticamente oponible a terceros, sin que haga falta ninguna acción por parte del otorgante ni del acreedor garantizado sobre cualquier derecho personal o real que respalde el pago o el cumplimiento de ese crédito, de ese título negociable o de otra obligación. Si el derecho personal o real es una promesa independiente, el régimen no debería disponer que una garantía real sobre el derecho a cobrar en virtud de la promesa independiente adquirirá automáticamente eficacia frente a terceros sino que debería disponer que una garantía real sobre el derecho a cobrar el producto de una promesa independiente será automáticamente oponible a terceros. La presente recomendación no será aplicable a un derecho sobre un bien inmueble que conforme al derecho aplicable sea transferible con independencia del crédito, del título negociable o de otra obligación que pueda respaldar."

21. Además, a fin de ajustar las dos primeras recomendaciones a la recomendación 4 que figura en A/CN.9/WG.VI/WP.21, referente al ámbito de aplicación de la Guía, se propuso agregar a la recomendación 4 un texto del siguiente tenor:

> "Salvo en la medida limitada que disponen las recomendaciones 16 y [...] relativas a un derecho personal o real que respalde un crédito, un título negociable u otra obligación que entre en el ámbito de la Guía, el régimen no debería ser aplicable a ... ."

22. Se convino en que en la constitución automática y la adquisición automática de eficacia frente a terceros de una garantía real que respalde un crédito, un título negociable u otra obligación se dispensaría de los trámites innecesarios para así facilitar el incremento del valor del crédito, del título negociable o de la otra obligación como bienes sobre cuya base pueda obtenerse crédito, lo cual tendría una repercusión beneficiosa sobre la oferta y el costo del crédito. Se convino también en que ese resultado no se lograría en detrimento de los derechos de los terceros, ni de la prelación ni de la ejecución.

23. No obstante, aunque hubo acuerdo sobre el resultado económico que había de conseguirse, se expresaron opiniones divergentes sobre la forma en que podía lograrse dicho resultado. Según una delegación, el acreedor garantizado adquiría una garantía real sobre la garantía real sobre el crédito o el título negociable. A juicio de otra delegación, los derechos del otorgante de la garantía real sobre el crédito, el título negociable u otra obligación pasarían al acreedor garantizado. Tras deliberar, se convino en que el análisis conceptual o el método por el que se lograría el resultado práctico mencionado (la constitución automática de la garantía y su eficacia automática frente a terceros) no eran tan importantes con tal de que se lograra dicho resultado y, por consiguiente, habría que utilizar terminología neutral que pudiera emplearse en diversos ordenamientos jurídicos.

24. Con respecto a las promesas independientes en particular, se convino en que la constitución automática y la eficacia automática frente a terceros de una garantía real sobre un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente no deberían afectar al derecho a cobrar en virtud de la promesa independiente ni a los derechos y obligaciones del garante/emisor. Con respecto a las hipotecas, se convino en que la constitución automática y la eficacia automática frente a terceros de una garantía real sobre una hipoteca (o la transferencia de los derechos hipotecarios) no deberían afectar a los derechos de los terceros ni a la prelación ni a la ejecución. Se dio el ejemplo de la bursatilización de créditos respaldados por hipotecas en que, según las recomendaciones propuestas, el acreedor garantizado o el cesionario solo se inscribirían en el registro de la propiedad inmobiliaria si hubiera un incumplimiento respecto de un crédito y si deseaban ejecutar la hipoteca que respaldara el pago del crédito. A este respecto, se advirtió que en el comentario debería explicarse que la aplicación de esas recomendaciones podría diferir de un país a otro según su respectiva legislación general, por ejemplo, en materia de bursatilización de créditos respaldados por hipotecas.

25. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisara la recomendación 16 propuesta y que agregara al texto del proyecto de guía las dos nuevas recomendaciones propuestas. Se convino asimismo en que la recomendación 16 debería regir también las cesiones puras y simples de créditos por cobrar y en que debería agregársele un texto del tenor de los párrafos 2 a 6 del artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos. Con respecto a la disposición que regiría los requisitos de forma, se convino en que si la garantía real guardaba relación con bienes que entraran en el ámbito del proyecto de guía, habría que hacer referencia a los requisitos de forma del proyecto

de guía, mientras que, si los bienes pertinentes no entraban en el ámbito del proyecto de guía, los requisitos de forma estarían sujetos a la legislación que rigiera los derechos sobre tales bienes, siempre que esa legislación no afectara a la constitución automática ni a la eficacia automática frente a terceros.

Recomendaciones 16 *bis* a *quinquies* (derechos y obligaciones del cedente y del cesionario antes del incumplimiento)

26. A reserva de la supresión de la recomendación 16 *bis* c), relativa a los usos internacionales que se hacían implícitamente aplicables entre las partes, y que no se consideraba adecuada para un régimen nacional, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de las recomendaciones 16 *bis* a *quinquies*.

Recomendaciones 17 a 23 (derechos y obligaciones del deudor de la cuenta y del cesionario)

27. A reserva de que se suprimieran las palabras "de la cuenta" en las referencias al deudor, el Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de las recomendaciones 17 a 23. El Grupo de Trabajo también convino en que en la recomendación 17 b) ii) se mantuviera la referencia al "Estado" y no al "lugar" de pago, a fin de dar al texto una mayor flexibilidad si se producía un cambio en el lugar de pago dentro de un mismo Estado a causa de una cesión.

Recomendación 37 (eficacia frente a terceros de una garantía real sobre créditos)

28. El Grupo de Trabajo convino en suprimir la recomendación 37 por considerar que su contenido ya estaba abarcado por las reglas generales del proyecto de guía relativas a la eficacia frente a terceros (sobre la adición de otra recomendación, véase el párrafo 21).

Recomendación 88 (aplicación del presente capítulo a las cesiones puras y simples de créditos)

29. Se convino en que se revisara la recomendación 88 para aclarar que, con la excepción de determinados derechos, obligaciones y recursos (por ejemplo, la obligación del acreedor garantizado de dar cuentas al cedente por un superávit o la responsabilidad por un déficit), los derechos, obligaciones y recursos previstos en el capítulo relativo a la ejecución deberían estar disponibles para un cesionario en una cesión pura y simple.

30. Durante las deliberaciones se sugirió que tal vez convendría incluir en el capítulo relativo a la insolvencia las excepciones o limitaciones que figuraban en la recomendación 88 (A/CN.9/WG.VI/WP.26) con respecto a las transferencias puras y simples de créditos por cobrar sin recurrir al cedente. Si bien esta sugerencia suscitó interés, se convino en que toda decisión al respecto requeriría un examen minucioso de las recomendaciones que figuran en el capítulo de la insolvencia. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que estudiara la cuestión y que preparara una nota que el Grupo de Trabajo pudiera examinar en un futuro período de sesiones.

Recomendaciones 102 y 103 (cobro de créditos)

31. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de las recomendaciones 102 y 103.

Recomendaciones 137 y 137 *bis* (ley aplicable a las garantías reales sobre bienes inmateriales)

32. En el Grupo de Trabajo se expresó un apoyo general a la regla enunciada en la primera frase de la recomendación 137. En cuanto a la segunda frase, se sugirió que fuera suprimida, dado que: i) la primera frase era suficiente para indicar la regla general, ii) en el comentario podría explicarse que había excepciones a la regla general (como, por ejemplo, con respecto a los derechos de propiedad intelectual a los cuales fuera aplicable el principio de la territorialidad) y iii) en cualquier caso, no sería coherente con el enfoque adoptado en el proyecto de guía, que no preveía reglas especiales para las garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual, establecer tales reglas en el contexto del capítulo referente a los conflictos de leyes. En objeción a esa sugerencia, se sostuvo que el hecho de que en el proyecto de guía no figuraran reglas especiales de derecho sustantivo con respecto a las garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual no significaba que no debiera incluirse en él ninguna regla sobre conflictos de leyes a este respecto. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la primera frase de la recomendación 137 y convino en que se mantuviera la segunda frase entre corchetes con miras a examinar ulteriormente la ley aplicable a las garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual.

33. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de la recomendación 137 *bis*.

Recomendaciones 146 (ley aplicable a las obligaciones del otorgante y del acreedor garantizado) y 147 (ley aplicable a los derechos y obligaciones del deudor de una cuenta, etc.)

34. A reserva de que se suprimieran las palabras “de la cuenta” en las referencias al deudor en la recomendación 147, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de las recomendaciones 146 y 147.

Derechos de ejecución de obligaciones no monetarias (“créditos”)

35. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión de si las recomendaciones relativas a créditos deberían ser aplicables a los derechos de ejecución de obligaciones no monetarias. Se convino en general en que las recomendaciones sobre créditos podían ser aplicables a derechos contractuales de ejecución de obligaciones no monetarias, pero no a todos los derechos de ejecución. Así pues, se convino en suprimir la definición del párrafo n) (“crédito”) por ser demasiado amplia. Se convino asimismo en que se podrían requerir algunas reglas especiales para preservar los derechos de los deudores de bienes inmateriales, como las obligaciones contractuales no monetarias.

Créditos extracontractuales

36. Se convino en que las recomendaciones relativas a los créditos fueran aplicables a los créditos tanto contractuales como extracontractuales. Se convino también en no interferir en las limitaciones legislativas sobre la transferibilidad de créditos extracontractuales y en que ciertas recomendaciones fueran ajustadas para ser aplicables a los créditos extracontractuales (por ejemplo, tal vez habría que suprimir las referencias al "contrato originario" o reemplazarlas por un texto más general que abarcara las fuentes de los créditos tanto contractuales como extracontractuales, y hacer que las declaraciones del cedente no fueran pertinentes en el contexto de los créditos extracontractuales).

Transferencias puras y simples de títulos negociables

37. En el contexto del debate sobre la recomendación 3 f), relativa a las transferencias puras y simples de créditos (véase el párrafo 14), el Grupo de Trabajo examinó la cuestión de si las transferencias de títulos negociables deberían o no quedar también abarcadas por el proyecto de guía. Se expresaron opiniones divergentes. Por una parte, se estimó que no deberían quedar abarcadas, ya que no constituían operaciones garantizadas y que no había necesidad de que estuvieran sujetas a inscripción registral ni a las mismas reglas de prelación que se aplican a las transferencias de garantías, dado que los acreedores garantizados podían quedar protegidos tomando posesión del título.

38. Según otra opinión, las transferencias puras y simples de títulos negociables deberían quedar abarcadas por la Guía, ya que formaban parte de operaciones de financiación importantes (por ejemplo, de bursatilización o de venta de créditos singulares (*forfaiting*)), y, en la práctica, no siempre era fácil distinguir entre una transferencia pura y simple y una transferencia de una garantía o distinguir entre un crédito y un título negociable. No obstante, se señaló que no existía ninguna práctica en lo referente a las transferencias puras y simples de cheques o letras de cambio. A este respecto, a fin de distinguir un pagaré de esos otros títulos, se hizo referencia a las promesas de pago por oposición a las órdenes de pago. No obstante, hubo reservas porque esa terminología no era universalmente entendida. Además, hubo objeciones a que se excluyeran las transferencias puras y simples de letras de cambio por estimarse que esas transferencias formaban parte de importantes operaciones de financiación.

39. Tras deliberar, se convino provisionalmente en que las transferencias puras y simples de títulos negociables (con excepción de los cheques) deberían entrar en el ámbito del proyecto de guía. Al mismo tiempo, se convino en volver a examinar la cuestión una vez que el Grupo de Trabajo hubiera concluido su examen de las recomendaciones relativas a los títulos negociables y de otras recomendaciones pertinentes y hubiera determinado si era preciso adoptar reglas especiales (véase el párrafo 50).

B. Garantías reales sobre títulos negociables (A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.2)

1. Definiciones

40. A reserva de la sustitución, en la versión inglesa, de la palabra "fixtures" por el término "attachments" (bienes incorporados) en la recomendación i) ("bienes corporales"), el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de las definiciones i), y w) ("título negociable"), señalando que ya había aprobado la definición "o)" ("crédito por cobrar") (véase el párrafo 9).

2. Recomendaciones

Recomendación 3 d) (partes, garantías reales, obligaciones garantizadas y bienes abarcados)

41. El Grupo de Trabajo señaló que ya había aprobado el contenido de la recomendación 3 d) (véase el párrafo 14).

Constitución de una garantía real sobre un título negociable

42. El Grupo de Trabajo observó que las recomendaciones generales eran suficientes para regular la constitución de una garantía real sobre un título negociable y que en el comentario debería explicarse que la constitución de una garantía real no afectaría a los derechos obtenidos mediante la transferencia de un título negociable mediante endoso conforme a la legislación que rige los títulos negociables.

Recomendación 24 (constitución de una garantía real sobre un derecho que respalde un título negociable)

43. En vista de que la recomendación 16 revisada ya trataría de las garantías reales sobre derechos que respaldan títulos negociables, el Grupo de Trabajo decidió que se suprimiera la recomendación 24.

Derechos y obligaciones de la parte obligada en un título negociable

44. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido de una nueva recomendación que decía lo siguiente: "El régimen debería disponer que, entre el acreedor garantizado e i) la persona obligada por el título negociable, o ii) otras personas que reclamen derechos en virtud de la legislación que rija los títulos negociables, las obligaciones y los derechos de esas personas serán determinados por la ley que rija los títulos negociables". Se convino en que esa recomendación se insertara en un nuevo capítulo que regulara los derechos y obligaciones de los terceros que sean partes obligadas.

Eficacia frente a terceros de una garantía real sobre un título negociable

45. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido de una nueva recomendación cuyo texto es el siguiente: "El régimen debería disponer que cuando una garantía real sobre un título negociable sea eficaz frente a terceros, la garantía real seguirá siendo oponible a terceros durante un breve período de [especifíquese el período] días después de que se haya renunciado al título negociable y se haya entregado al

otorgante a efectos de presentación, cobro, ejecución o renovación". Quedó entendido que, al devolverse el título negociable gravado al otorgante, el acreedor garantizado estaría expuesto, por buenas razones, al riesgo de perder su garantía solo durante un breve período y eso solo ocurriría si el acreedor garantizado no hubiera inscrito una notificación sobre su garantía real en el registro general de garantías reales.

46. En consecuencia, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de esa recomendación, pero convino en que la recomendación se limitara a situaciones en que las garantías reales adquirieran eficacia frente a terceros "por un método que no fuera la inscripción registral" o "mediante la desposesión".

Recomendación 74 (prelación de una garantía real sobre un título negociable)

47. A reserva de la aclaración de que los párrafos a) y b) se referían al acreedor garantizado, al comprador o a otro cesionario, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 74.

Recomendaciones 104 y 105 (ejecución de una garantía real sobre un título negociable)

48. Se convino en que el acreedor garantizado debería tener derecho a ejecutar su garantía real sobre el título negociable, antes de todo incumplimiento, únicamente con el consentimiento del otorgante. Se afirmó que esta regla debería ser aplicable únicamente a las partes que no hubieran resuelto la cuestión en el acuerdo de garantía. Se observó asimismo que, de seguirse un enfoque diferente, se frustrarían las expectativas legítimas de los terceros acreedores del otorgante. Sin embargo, al mismo tiempo, se convino en que la recomendación 104 no debería afectar a ningún derecho que pudiera tener el acreedor garantizado en virtud de la legislación sobre títulos negociables a cobrar el título a su vencimiento antes de todo incumplimiento, incluso sin el consentimiento del otorgante. Se convino también en que en la recomendación 104 debería aclararse que los derechos de ejecución del acreedor garantizado estaban sujetos a los derechos de las partes obligadas en los títulos negociables conforme a la legislación que rigiera dichos títulos. A reserva de estas modificaciones, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de las recomendaciones 104 y 105.

Recomendaciones 136, 140, 146 y 147 (cuestiones de derecho aplicable)

49. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de las recomendaciones 136, 140, 146 y 147.

Transferencias puras y simples de títulos negociables

50. Recordando su anterior debate (véanse los párrafos 37 a 39), el Grupo de Trabajo convino en que las transferencias puras y simples de títulos negociables no deberían abordarse en las recomendaciones. Se sostuvo que este tipo de transferencias eran propias de los mercados especializados. También se afirmó que no existían prácticas financieras en que, por ejemplo, se hicieran transferencias puras y simples de cheques. No obstante, se convino también en que en el comentario deberían analizarse las cuestiones pertinentes en beneficio de los Estados que quisieran regular las transferencias puras y simples de títulos negociables en su respectivas legislaciones sobre operaciones garantizadas. Se afirmó que las recomendaciones generales sobre la constitución de garantías,

la eficacia frente a terceros y la prelación de una garantía real sobre un título negociable, complementadas por las recomendaciones pertinentes relativas a los bienes, deberían aplicarse igualmente a las transferencias puras y simples de títulos negociables. A este respecto, se señaló que otra posible regla sobre la eficacia frente a terceros podría consistir en que se previera que una transferencia pura y simple pudiera adquirir eficacia frente a terceros de forma automática en el momento de su constitución. A consecuencia de ello, se estimó que la garantía real constituida en primer lugar gozaría de prelación sobre toda garantía inscrita subsiguientemente (pero no sobre una garantía real que adquiriera eficacia frente a terceros mediante la desposesión del otorgante). En cuanto a la ejecución, se observó que tal vez sería necesario redactar otra recomendación en virtud de la cual el cesionario del título negociable pudiera ejecutarlo libremente sin haber tenido que obtener previamente el consentimiento del cedente.

C. Garantías reales sobre documentos negociables (A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.3)

1. Definiciones

51. Con respecto a la definición pp) ("posesión"), se estimó que tal vez habría que suprimir la referencia al requisito de la posesión efectiva, dado que la posesión de bienes por el emisor de un documento negociable que respaldara esos bienes podría ser deducible de los hechos (es decir, el emisor podría tener la posesión a través de otra persona). Se respondió que la posesión debería definirse por referencia a la posesión efectiva a los efectos del proyecto de guía, mientras que la naturaleza de la posesión por el emisor requerida para la emisión de un documento negociable debería dejarse en manos de la ley que rija los documentos negociables.

52. A reserva de la sustitución, en la versión inglesa, de la palabra "fixtures" por el término "attachments" en la definición i) ("bienes corporales") y de la supresión de las referencias al acreedor garantizado en la definición pp) ("posesión"), el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de las definiciones i), x) ("documento negociable") y pp).

2. Recomendaciones

Recomendación 3 d) (partes, garantías reales, obligaciones garantizadas y bienes abarcados)

53. El Grupo de Trabajo señaló que ya había aprobado el contenido de la recomendación 3 d) (véase el párrafo 14).

Recomendación 28 (constitución de una garantía real sobre un documento negociable)

54. El Grupo de Trabajo convino en que la reglas generales relativas a la constitución de garantías reales eran también aplicables a los documentos negociables. Con respecto a la recomendación 28, se expresaron reservas por el hecho de que, al requerirse que los bienes estuvieran en posesión del emisor en el momento en que quedara constituida la garantía real, existía el riesgo de que la recomendación 28 excluyera los documentos de transporte multimodal en el caso de

que las mercancías hubieran estado en posesión del emisor en algún momento pero hubieran sido transportadas cuando el emisor hubiera constituido una garantía real sobre las mercancías. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de la recomendación 28. Se convino en que, dado que en la definición de "documento negociable" se hacía referencia a la ley que regía los documentos negociables, sería apropiado que la cuestión de la negociabilidad de los títulos de transporte multimodal se dejara en manos de dicha ley. También se convino en que en el comentario se explicara que un Estado podría desear regular los títulos de transporte multimodal. Además, se convino en que el término "emisor" podría definirse de una manera que diera efectividad a la definición tanto si el título de transporte multimodal fuera negociable como si no lo fuera.

Derechos y obligaciones del emisor de un documento negociable

55. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido de una nueva recomendación que decía lo siguiente: "El régimen debería disponer que entre el acreedor garantizado y el emisor u otra persona obligada por el documento negociable, los derechos y obligaciones de esas personas se determinarán por la ley que rija los documentos negociables".

Recomendación 44 (eficacia frente a terceros de una garantía real sobre un documento negociable)

56. El Grupo de Trabajo convino en que se suprimiera la palabra "únicamente", dado que la posesión no era el único método a través del cual una garantía real sobre un documento negociable podía adquirir eficacia frente a terceros. También se convino en que se suprimieran las palabras "o con respecto a los bienes" ya que, mientras el documento negociable abarcara los bienes, estos estarían en posesión del emisor y, por lo tanto, lógicamente no podrían estar al mismo tiempo en posesión del otorgante. Además, se convino en que en el comentario se analizara el concepto de posesión en el contexto de los documentos electrónicos negociables. A reserva de estos cambios, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 44.

Recomendación 44 *bis* (eficacia frente a terceros de una garantía real sobre un documento negociable)

57. El Grupo de Trabajo convino en que la recomendación 44 *bis* se limitara a regular los supuestos en que una garantía real adquiriera eficacia frente a terceros "mediante un método que no fuera la inscripción registral" o "mediante la desposesión". A reserva de estos cambios, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 44 *bis*.

Recomendaciones 80 y 81 (prelación de las garantías reales sobre documentos negociables)

58. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de las recomendaciones 80 y 81.

Recomendación 109 (ejecución de una garantía real sobre un documento negociable)

59. A reserva de que se dispusiera que la ejecución podía tener lugar antes de todo incumplimiento con el consentimiento del otorgante (y no del emisor), el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 109.

Recomendación 136 (ley aplicable a las garantías reales sobre bienes corporales)

60. Se convino en que la constitución, la eficacia frente a terceros y la prelación de una garantía real sobre un documento negociable estuvieran sujetas a la ley del lugar en que se tuviera el documento. No obstante, se convino también en que la aplicación de esa regla podría plantear problemas cuando los bienes estuvieran situados en otro Estado. El Grupo de Trabajo examinó una sugerencia en virtud de la cual la aplicación de la ley del último lugar de destino de los bienes (véase A/CN.9/WG.VI/WP.24, recomendación 142) brindara una solución suficiente a ese problema, pero no pudo llegar a un acuerdo. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara una nota y tal vez también distintas recomendaciones que ayudaran a resolver ese problema.

Recomendación 140 (ley aplicable a la eficacia frente a terceros de las garantías reales sobre tipos concretos de bienes mediante la inscripción registral)

61. Se observó que la recomendación 140 se refería a la ley del lugar en que se encontraba el otorgante solo cuando la eficacia frente a terceros se obtuviera mediante la inscripción registral.

Recomendaciones 146 (ley aplicable a las obligaciones del otorgante y del acreedor garantizado) y 147 (ley aplicable a los derechos y obligaciones del deudor de una cuenta, etc.)

62. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de las recomendaciones 146 y 147.

D. Garantías reales sobre derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria (A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.1)

1. Definiciones

63. El Grupo de Trabajo señaló que ya había aprobado el contenido de la definición o) ("crédito por cobrar") (véase el párrafo 9). Con respecto a la definición cc) ("cuenta bancaria"), el Grupo de Trabajo convino en que fuera revisada para que hiciera referencia al bien gravado, concretamente al derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria. También se convino en que en el comentario se explicara que también deberían quedar abarcados por la disposición los fondos que no estuvieran acreditados en el momento de la constitución de una garantía real (por ejemplo, los intereses o comisiones). En cuanto al significado del término "banco", se convino en que fuera explicado en el comentario haciendo referencia a la administración de cuentas sin entrar a examinar cuestiones de legislación normativa (por ejemplo, la licencia bancaria). Se convino también en que en el comentario se explicara que las cuentas mantenidas por bancos centrales o

por los sistemas de pagos, compensación y liquidación por saldos netos no deberían quedar abarcados. Con respecto a la definición de "control", se convino en que el control debería referirse al derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria (más que a los fondos en sí) y en que se revisara la tercera manera de lograr el control centrándose en el hecho de que el acreedor garantizado pasaba a ser el cliente del banco (es decir, el titular de la cuenta). A reserva de los cambios mencionados, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de las definiciones cc) y hh).

2. Recomendaciones

Recomendación 3 d) (partes, garantías reales, obligaciones garantizadas y bienes abarcados)

64. El Grupo de Trabajo señaló que ya había aprobado el contenido de la recomendación 3 d) (véase el párrafo 14).

Recomendación 26 (constitución de una garantía real sobre el derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria)

65. A reserva de la supresión de las palabras "entre el acreedor garantizado y el otorgante", el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 26.

Recomendaciones X e Y (derechos y obligaciones del banco depositario)

66. A reserva de que se mantuviera en el texto sin corchetes el contenido del primer par de corchetes y de que se suprimiera el texto del segundo par de corchetes en la recomendación X b), el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de las recomendaciones X e Y.

Recomendación 43 (eficacia frente a terceros de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria)

67. A reserva de la referencia al control respecto del derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria y de que se abordara ulteriormente, en el contexto del examen del producto, la cuestión de la localización del producto depositado en una cuenta bancaria, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 43.

Recomendaciones 76 a 78 (prelación de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria)

68. Se expresaron opiniones divergentes sobre si una garantía real de un banco depositario debería o no tener prelación incluso sobre una garantía real que hubiera adquirido eficacia frente a terceros mediante un acuerdo de control anterior con el banco depositario, tal como disponía la segunda frase de la recomendación 76. Según una delegación, el banco depositario no debería gozar de prelación sobre un acreedor garantizado con el que hubiera concertado un acuerdo de control. Se sostuvo que debería respetarse el acuerdo sobre el control. Además, se observó que, si el banco deseaba tener prelación, podía estipularlo así en el acuerdo sobre el control. Además, se estimó que esta vía sería más simple y más transparente que la de esperar que el acreedor garantizado tratara posteriormente de obtener un acuerdo de subordinación con el banco. Se sostuvo también que los derechos de compensación del banco no justificarían necesariamente la prelación absoluta del

banco, ya que la cuestión de si el banco tenía derechos de compensación estaría sujeta a otra ley.

69. Predominó, sin embargo, la opinión de que el banco debería gozar de prelación incluso sobre un acreedor con el que hubiera concertado un acuerdo sobre el control. Se opinó que, de no ser así, el banco no concertaría en absoluto acuerdos de control, los cuales limitarían el importe del crédito disponible de los acreedores que no fueran el banco (o incrementarían su costo), o bien concertaría acuerdos sobre el control pero limitando la cantidad del crédito que pondría a la disposición de sus clientes (o incrementando el costo de dicho crédito). Además, se observó que el hecho de que un acreedor garantizado que dispusiera del control no gozara de prelación sobre los derechos del banco depositario no restaría utilidad al acuerdo sobre el control, dado que el banco aún podría proteger al acreedor garantizado frente a otros demandantes concurrentes (por ejemplo, el administrador de la insolvencia del otorgante). Además, se señaló que ese enfoque se ajustaría a la regla en virtud de la cual los derechos de compensación del banco tendrían prelación. Por otra parte, se estimó que el acreedor garantizado que tuviera el control siempre podría tratar de obtener un acuerdo de subordinación con el banco depositario.

70. Durante las deliberaciones se observó que, conforme a la recomendación 77, los derechos de compensación del banco gozarían de prioridad sobre el derecho de cualquier acreedor garantizado, con excepción del acreedor garantizado que adquiriera el control al pasar a ser cliente del banco. Tras deliberar, se convino en que, en aras de la coherencia, esa excepción se consignara también en la recomendación 76.

71. A reserva de este cambio, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 76 en el entendimiento de que en el comentario se examinaría más a fondo la otra opción y se analizarían sus repercusiones conforme a los criterios debatidos (sobre otro cambio de la recomendación 76, véase el párrafo 86). A reserva de la referencia a un acreedor garantizado que adquiriera el control con respecto al derecho de pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria al pasar a ser cliente del banco, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 77. Además, a reserva de la referencia a la transferencia de fondos, y no al derecho de pago de los fondos, y a reserva de que se modificara el concepto de colusión por el de conocimiento de que la transferencia de fondos violaba los términos del acuerdo de garantía, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 78, cuya finalidad era la libre circulación de fondos en el comercio.

Recomendaciones 106 *bis*, 107 y 108 (ejecución de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria)

72. A reserva de la aclaración de que el acreedor garantizado podría ejecutar el derecho del otorgante al pago de los fondos acreditados en una cuenta bancaria (salvo cuando el acreedor garantizado adquiriera el control al pasar a ser cliente del banco), el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 106 *bis*. A reserva de que se aclarara que el control se refería al derecho al pago de fondos, más que a los fondos en sí, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de las recomendaciones 107 y 108.

Recomendación 139 (ley aplicable a una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria)

73. Se expresaron pareceres divergentes respecto de las variantes presentadas en la recomendación 139. Según uno de ellos debería ser aplicable la ley del Estado en donde estuviera situada la sucursal del banco que administrara la cuenta (variante B). Se dijo que esa regla, enunciada en la variante B, se valía del factor de conexión típico, dominante y universalmente reconocido que existía entre los fondos depositados en una cuenta bancaria y el banco depositario que llevara la cuenta, lo que respondería a las expectativas de toda parte interesada que deseara hacer valer alguna garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, al tiempo que respetaba la necesidad de transparencia y previsibilidad que se daba en las operaciones garantizadas, por lo que cumplía además con los objetivos del proyecto de guía. Se observó asimismo que al suponer toda cuenta bancaria una relación bilateral entre el cliente y su banco, no habría dificultad alguna en localizar los fondos acreditados en dicha cuenta, dada la armonización internacional de las normas aplicables a la localización e identificación de las cuentas bancarias. Se dijo, además, que el Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en poder de un intermediario (en adelante, "el Convenio de La Haya") no había sido pensado para ser aplicable a las cuentas bancarias y ni siquiera a los valores que obraran directamente en poder de su titular. Por ello, la ley aplicable a las garantías bancarias constituidas sobre cuentas bancarias debería ser distinta de la ley aplicable a esas mismas garantías constituidas sobre cuentas de valores.

74. Respecto de la variante A, se dijo que no solo no correspondía a la práctica bancaria actual, sino que violaba la norma de la transparencia y previsibilidad al entrañar una trampa en la que pudieran caer acreedores incautos, e ignoraba además la normativa impuesta por las autoridades reguladoras de la actividad bancaria, por lo que no dejaría de suscitar fuerte oposición por parte de los bancos y de las autoridades nacionales reguladoras. Se observó también que sería sumamente difícil para un tercero determinar cuál era la ley seleccionada en un acuerdo de cuenta, dado que esos acuerdos solían ser confidenciales. Se dijo además que la aplicación de la ley que fuera aplicable al acuerdo de cuenta perturbaría gravemente la práctica bancaria, ya que los derechos y deberes del banco y la realización de la garantía real quedarían sujetos a una ley distinta de la de la ubicación del banco. Se dijo asimismo que una cuestión que afectaba al régimen legal de los derechos reales no era la más adecuada para dejarla al arbitrio de la autonomía contractual de las partes.

75. Según otro parecer era preferible la regla de la ley aplicable a las cuentas de valores enunciada en el Convenio de La Haya (es decir, la regla de la ley aplicable a la cuenta, a reserva de que el banco depositario tuviera una oficina en el Estado cuya ley rigiera el acuerdo de cuenta), dado que las cuentas de valores y las cuentas bancarias tenían muchos aspectos en común y sus diferencias no justificaban que estuvieran sujetas a un régimen legal distinto. Se observó además que la regla enunciada en el Convenio de La Haya obraría en aras de la seguridad y previsibilidad, dado que todo prestamista recibiría normalmente una copia del acuerdo de cuenta (o negociaría incluso un acuerdo de control) antes de otorgar crédito en función de dicha cuenta bancaria. Se dijo además que la variante B sería fuente de inseguridad dado que no existía ningún sistema universalmente aceptable

que sirviera para localizar una cuenta bancaria. Se observó además que la aplicación de la ley que rigiera la cuenta bancaria no modificaría en modo alguno la práctica actual, dado que los bancos ya aplicaban esa regla a las cuentas de valores.

76. Se observó además que cualquiera que fuera la ley aplicable a la cuenta bancaria, ello no afectaría a la ley por lo demás aplicable a cuestiones reglamentarias, fiscales, de contabilidad o penales, dado que esas cuestiones se seguirían rigiendo por la ley del lugar donde el banco o la sucursal tuviera su establecimiento. Se dijo además que el secreto bancario no suponía un obstáculo, dado que todo beneficiario de un crédito estaría dispuesto a dar a su prestamista una copia de su acuerdo de cuenta bancaria, a fin de obtener el crédito en función de dicho acuerdo, y era frecuente que se otorgara al prestamista un acuerdo de control con el consentimiento del banco depositario. Se observó además que el análisis basado en el principio de la autonomía contractual no era particularmente valioso, dado que en la variante A se hacía también referencia a factores de conexión objetivos, mientras que la variante B entrañaba cierto grado de autonomía contractual de las partes en la determinación del lugar de apertura de una cuenta.

77. Según otro parecer, ni la variante A ni la variante B eran satisfactorias en la medida en que dieran lugar a que una garantía real sobre una cuenta bancaria o su transferencia quedaran sujetas a las leyes de distintos lugares. Según otro parecer, cabía hacer alguna remisión, tanto en la variante A como en la variante B, a la ley que rigiera el acuerdo de control entre el otorgante de la garantía, el acreedor garantizado y el banco depositario. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió retener las dos variantes.

Recomendación 140 (ley aplicable a la oponibilidad de las garantías reales sobre determinados tipos de bienes sujetos a inscripción registral)

78. Recordando su anterior examen de la recomendación 140 (véase el párrafo 61), el Grupo de Trabajo decidió que se suprimiera la referencia a documentos negociables, dado que la ley del lugar del otorgante no era aplicable a las garantías reales sobre documentos negociables.

E. Garantías reales sobre derechos al cobro del producto de una garantía independiente (A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.2)

1. Definiciones

79. A reserva de que se alinee la definición y) ("promesa independiente") con la del artículo 6 e) de la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente en lo concerniente a la confirmación de una carta de crédito, así como la definición z) ("producto del cobro de una promesa independiente") con la práctica imperante en materia de promesas independientes, evitándose todo término que se preste a confusión, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de las definiciones y) y z). En lo concerniente a las definiciones aa) ("garante/emisor") y bb) ("persona designada"), respecto de las que se habrá de examinar si procede que en su texto se haga referencia al confirmante, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de una y otra definición. Respecto a la definición z) se convino en que el bien objeto de estas recomendaciones era el derecho al producto y no el producto en sí, que estaría en forma de dinero o de

fondos depositados en una cuenta bancaria u otro bien similar y que sería por ello objeto de otras recomendaciones del proyecto de guía. Se convino asimismo en que se suprimiera la palabra "cobro" de la expresión "derecho al cobro del producto de una promesa independiente".

80. Respecto de la definición hh), se convino en que se alineara con la definición de "control" en lo concerniente al derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria (A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.1, definición hh)). A reservas de dicho cambio, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la definición hh). Si bien se sugirió que se incluyera algún texto en el comentario de la parte general del proyecto de guía que hablara de cuestiones de agencia o representación, se expresó cierta cautela frente al riesgo de que el proyecto de guía se adentrara en ramas del derecho en las que existían muchas divergencias de un ordenamiento jurídico a otro.

Recomendación 3 d) (partes, garantías reales, obligaciones garantizadas y bienes abarcados)

81. El Grupo de Trabajo tomó nota de que había aprobado ya el contenido de la recomendación 3 d) (véase el párrafo 14).

Recomendación 16 (constitución de una garantía real sobre un derecho que respalde un crédito por cobrar cedido, un título negociable o cualquier otra obligación)

82. El Grupo de Trabajo tomó nota de que ya había aprobado el contenido de la recomendación 16 (véase el párrafo 25).

Recomendación 25 (constitución de una garantía real sobre un derecho al cobro del producto de una promesa independiente)

83. A reserva de que se retuviera el texto entre corchetes, pero eliminando los corchetes, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 25.

Recomendación 25 *bis*, *ter* y *quater* (derechos y obligaciones de un garante/emisor o de una persona designada)

84. Con respecto a la recomendación 25 *bis*, el Grupo de Trabajo convino en que se suprimiera la referencia al "cobeneficiario", dado que se había hecho ya referencia a dicha persona al referirse al beneficiario, y que se colocara entre corchetes la referencia a "cedente anterior", dado que no estaba claro si era necesaria. A reserva de esos dos cambios, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de las recomendaciones 25 *bis*, *ter* y *quater*.

Recomendación 49 (eficacia frente a terceros de una garantía real sobre un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente)

85. A reserva de los cambios convenidos en el contexto del debate sobre la recomendación 16 (véanse los párrafos 18 a 25), el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 49.

Recomendación 62 (prelación de una garantía real sobre un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente)

86. Se convino en que en el comentario se explicaría que, según los términos del reconocimiento, el garante/emisor podría ser responsable frente a un acreedor garantizado reconocido que pudiera perder en un conflicto de prelación ante el acreedor garantizado reconocido anteriormente. Se convino también en insertar una regla similar en la recomendación 76 (véanse los párrafos 68 a 71) a los efectos de que, entre los acreedores que hayan obtenido un acuerdo de control respecto de la misma cuenta bancaria, la prelación se determinaría sobre la base de la fecha de celebración del acuerdo de control, mientras que, en función de los términos del acuerdo de control, el banco depositario podría ser responsable frente al acreedor garantizado que perdiera en el conflicto de prelación. A reserva de esos cambios, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de las recomendaciones 62 y 76.

Recomendación 106 (ejecución de una garantía real sobre un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente)

87. Se convino en que una garantía real sobre un derecho a cobrar el producto de una garantía independiente debería ser ejecutable incluso antes del incumplimiento si así lo convinieran el acreedor garantizado y el otorgante. A reserva de esa modificación, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 106.

Recomendaciones 138 y 138 *bis* (ley aplicable a una garantía real sobre un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente)

88. Las recomendaciones 138 y 138 *bis* recibieron apoyo. Al mismo tiempo, muchas delegaciones consideraron que esas recomendaciones deberían explicarse en el comentario, de ser posible, ilustrándolas con ejemplos. Se expresó también la inquietud de que la aplicación de la recomendación 138 *bis*, que sería aplicable en más casos que la recomendación 138 debido a que las promesas independientes solían utilizarse para incrementar el valor de un crédito o de otra obligación, podría ser problemática en el caso de que un Estado no hubiera promulgado las recomendaciones 16 y 49, que preveían la constitución automática de la garantía y la eficacia automática frente a terceros. A reserva de que se revisara la recomendación 138 *bis* para paliar este problema, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de las recomendaciones 138 y 138 *bis*.

F. Capítulo VII. Derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento (A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.1)

Finalidad

89. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios la sección relativa a la finalidad.

Recomendación 86 (autonomía de las partes)

90. Se convino en que la recomendación 86 reflejaba un principio general, por lo que debería trasladarse a las disposiciones generales del proyecto de guía.

Recomendación 87 (reglas supletorias)

91. Se convino en que, en el párrafo a), se sustituyeran las palabras "mantener en buenas condiciones" por las palabras "preservar y proteger". Con respecto al párrafo d), el Grupo de Trabajo convino en que la liquidación de la garantía real y la devolución del bien gravado (tratándose de una garantía real con desplazamiento), requería el pago íntegro de la obligación garantizada, así como la clausura de todos los compromisos de préstamo. Se convino asimismo en que la estructura de la recomendación se ajustara a la del comentario pertinente (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.4). Tras deliberar, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 87.

G. Capítulo VIII. Incumplimiento y vía ejecutoria (A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.1)

Finalidad

92. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios la sección relativa a la finalidad.

Recomendación 88 (aplicación de este capítulo a las transferencias absolutas (puras y simples) de créditos por cobrar)

93. El Grupo de Trabajo señaló que ya había aprobado el contenido de la recomendación 88 (véase el párrafo 29).

Recomendaciones 89 (normas generales de conducta) y 89 *bis* (responsabilidad en caso de incumplimiento de las recomendaciones del presente capítulo)

94. Si bien se expresó la opinión de que las recomendaciones 89 y 89 *bis* reflejaban principios generales y deberían insertarse en la parte general del proyecto de guía, se convino en que se mantuvieran en el capítulo relativo a la vía ejecutoria hasta que el Grupo de Trabajo tuviera la oportunidad de estudiar las repercusiones de su aplicación a otros capítulos del proyecto de guía. Con respecto a la expresión "buena fe", se estimó que implicaba un criterio subjetivo de conocimiento y que debería complementarse con un criterio objetivo de "tratos justos". Esta sugerencia suscitó objeciones. Se argumentó que esa cuestión entraba en el ámbito del derecho de las obligaciones, más que en el del derecho de la propiedad y que, a este respecto, era más apropiada la referencia a la actuación "razonable desde el punto de vista mercantil". Tras deliberar, el Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de las recomendaciones 89 y 89 *bis*.

Recomendaciones 90 y 91 (autonomía de las partes)

95. El Grupo de Trabajo examinó la eventual conveniencia de trasladar la recomendación 90 a la parte general del proyecto de guía y convino en aplazar su decisión al respecto hasta que hubiera examinado detenidamente todas las recomendaciones. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de las recomendaciones 90 y 91.

Recomendación 92 (derechos y recursos tras el incumplimiento)

96. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de la recomendación 92.

Recomendaciones 93 (recursos para el acreedor garantizado) y 94 (ejecución judicial y extrajudicial)

97. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de las recomendaciones 93 y 94.

Recomendación 95 (recursos para el otorgante)

98. Se sugirió que se revisara el título de la recomendación 95 para que dijera "derechos del otorgante". Se sugirió asimismo que, en el encabezamiento de la recomendación 95, se sustituyeran las palabras "podrá tener acceso a" por una expresión más fuerte como "tendrá derecho a ejercitar". A reserva de esas modificaciones, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 95.

Recomendación 96 (recursos acumulativos) y 97 (otros recursos)

99. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de las recomendaciones 96 y 97 y señaló que la recomendación 96, leída conjuntamente con las recomendaciones 95 y 97, ofrecía al acreedor garantizado y al otorgante diversas opciones en el ejercicio de sus derechos y recursos. Entre ellos cabía destacar el derecho del acreedor garantizado a elegir el bien o los bienes respecto de los cuales se solicitara la ejecución, el derecho a empezar a ejercitar un recurso y pasar posteriormente a ejercer otro, y el derecho a ejecutar la obligación garantizada o la garantía real, o ambas, hasta obtener el pago íntegro de la obligación garantizada.

Recomendación 98 (liberación de los bienes gravados tras la liquidación completa)

100. A reserva de la inclusión de una referencia a la clausura de todos los compromisos de préstamo, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 98.

Recomendación 99 (notificación de la intención de proceder a la ejecución extrajudicial)

101. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió suprimir la recomendación 99 en el entendimiento de que en la recomendación 101 se introduciría, como variante, una referencia a la notificación de la intención de proceder a la ejecución extrajudicial.

Recomendación 100 (objeciones a la ejecución extrajudicial)

102. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 100 y convino en que en el comentario se explicara claramente, en particular, la segunda frase.

Recomendación 101 (derecho del acreedor garantizado a tomar posesión de un bien gravado)

103. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara dos variantes, una de ellas del tenor de las dos primeras frases de la recomendación 101 y otra en que previera la notificación de la intención de proceder a la ejecución extrajudicial. Además, se convino en que el principio del procedimiento sumario debería plasmarse en una recomendación que fuera aplicable a todos los derechos y recursos

previstos en el capítulo sobre la vía ejecutoria. Por otra parte, se convino en que en el comentario se analizara la notificación de incumplimiento, que solía regularse en el derecho de las obligaciones. Se sugirió asimismo que se ampliaran el concepto de uso o amenaza de la fuerza para que abarcara toda conducta ilegal o abusiva en general.

Recomendaciones 102 a 109 (ejecución de garantías reales sobre los créditos, los títulos negociables, el producto de promesas independientes, los fondos acreditados en cuentas bancarias y los documentos negociables)

104. El Grupo de Trabajo indicó que ya había aprobado el contenido de las recomendaciones 102 a 109 (véanse los párrafos 31, 48, 59, 72 y 87).

Recomendaciones 110 y 110 *bis* (enajenación de bienes gravados)

105. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de las recomendaciones 110 y 110 *bis*.

Recomendación 111 (notificación anticipada de la enajenación extrajudicial de bienes gravados)

106. A reserva de exigirse taxativamente una notificación de la enajenación extrajudicial, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la recomendación 111.

V. Labor futura

107. Según la opinión general, los derechos de propiedad intelectual (es decir, los derechos de autor, las patentes o las marcas comerciales) se estaban convirtiendo en una fuente sumamente importante de crédito, por lo que no deberían quedar al margen de un régimen moderno de las operaciones garantizadas. A este respecto, se señaló que las operaciones de financiación con respecto a bienes de equipo o existencias incluían a menudo garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual como componente esencial y valioso. Se observó también que las operaciones de financiación importantes en que se constituían garantías reales sobre todos los bienes de un otorgante comercial incluían habitualmente los derechos de propiedad intelectual.

108. El Grupo de Trabajo recordó que las recomendaciones del proyecto de guía eran aplicables en general a las garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual en la medida en que no fueran en contra de la legislación sobre la propiedad intelectual (véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7, recomendación 3 h)). El Grupo de Trabajo recordó también que, dado que las recomendaciones no se habían elaborado teniendo presentes los problemas especiales de las legislaciones sobre propiedad intelectual, en el proyecto de guía se recomendaba que los Estados promulgantes tal vez desearan introducir los ajustes necesarios en las recomendaciones para abordar esos problemas.

109. El Grupo de Trabajo observó que previsiblemente la Comisión aprobaría en principio el contenido (es decir, el sentido, no su enunciado) de las recomendaciones del proyecto de guía en su inminente 39º período de sesiones (Nueva York, 19 de junio a 7 de julio de 2006). Se indicó que la Comisión analizaría las

recomendaciones del proyecto de guía del 19 al 23 de junio de 2006 y que el informe sobre esa parte del período de sesiones de la Comisión se adoptaría previsiblemente el lunes 26 de junio de 2006 (véase A/CN.9/587, párr. 53).

110. El Grupo de Trabajo señaló asimismo que sus períodos de sesiones 11º y 12º se celebrarían, según las previsiones, en Viena del 4 al 8 de diciembre de 2006 y en Nueva York del 12 al 16 de febrero de 2007, respectivamente, a reserva de que la Comisión aprobara esas fechas en su inminente 39º período de sesiones.

G. Nota de la Secretaría sobre garantías reales: proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas presentada al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su décimo período de sesiones

(A/CN.9/WG.VI/WP.26 y Add.1 a Add.8) [Original: inglés]

ÍNDICE

Garantías reales sobre derechos por cobrar . . . . . .

I. Definiciones . . . . . .

II. Recomendaciones . . . . . .

Garantías reales sobre derechos por cobrar

I. Definiciones (A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1, párr. 21 n) a v))

a) Por "garantía real" se entenderá un derecho real de origen contractual constituido sobre bienes muebles, independientes o incorporados, por el que se garantice el pago o alguna otra clase de cumplimiento de una o más obligaciones. En la presente Guía las referencias a "garantías reales" significan también el "derecho de un cesionario de créditos por cobrar".

d) Por "acreedor garantizado" se entenderá todo acreedor cuyo crédito esté respaldado por una garantía real. En la presente Guía se le denomina también "cesionario".

f) Por "otorgante" se entenderá la persona que constituya una garantía real sobre uno o más de sus bienes en favor de un acreedor con objeto de respaldar su propia obligación o la de otra persona (véase "deudor"). En la presente Guía se le denomina también "cedente".

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que la segunda frase tras las definiciones de "garantía real", "acreedor garantizado" y "otorgante" tiene la finalidad de asegurar que las recomendaciones generales sean aplicables a las garantías reales sobre créditos por cobrar y a las trasferencias de créditos puras y simples, a menos que se especifique otra cosa.*]

n) Por "crédito" se entenderá todo derecho al cumplimiento de una obligación no monetaria, con excepción de los derechos adquiridos sobre bienes corporales en virtud de un documento negociable.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si es necesario formular reglas especiales limitadas para las operaciones en las que el "crédito" sea un bien gravado.*

Según la definición que figura en el capítulo sobre terminología (véase A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1, párr. 21 n)), por "crédito" se entiende "todo derecho al cumplimiento de una obligación no monetaria, con excepción de

los derechos adquiridos sobre bienes corporales en virtud de un documento negociable". Por ejemplo, si un otorgante ha celebrado un contrato con otra parte en virtud del cual la otra parte (el "obligado") ha accedido a transferir bienes al otorgante, o a prestarle servicios, el derecho del otorgante con respecto al cumplimiento de la otra parte es un "crédito". Esta definición no incluye los derechos otorgados por un gobierno o por un particular que no adeude ninguna obligación de cumplimiento con respecto a esos derechos, como puede ser el caso de una licencia estatal otorgada para vender bebidas alcohólicas. Sin embargo, no queda claro si esta definición abarca otros derechos, como el derecho del beneficiario de una franquicia en un acuerdo de franquicia en que el otorgante de la franquicia no tenga ninguna obligación positiva de cumplimiento frente al beneficiario (pero haya convenido en no demandar al beneficiario por utilizar el nombre del otorgante de la franquicia), o el derecho de un licenciatario, en una licencia de propiedad intelectual, en la que el otorgante de la licencia no tenga ninguna obligación positiva de cumplimiento frente al licenciatario. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si, teniendo en cuenta el análisis que figura a continuación sobre cuestiones que plantean las garantías reales sobre "créditos" que podrían requerir reglas especiales, habría que incluir en la definición de "crédito" los derechos respecto de los cuales la única obligación de cumplimiento es abstenerse de adoptar una medida (como en el caso de una franquicia o de una licencia) o respecto de los cuales no se deba cumplir ninguna obligación en absoluto frente al otorgante (como en el caso de una licencia estatal para la venta de bebidas alcohólicas).

Al determinar si se requieren reglas especiales para las garantías reales sobre créditos deben tenerse en cuenta varias cuestiones: i) las reglas que rigen la constitución de una garantía real sobre el crédito, ii) las reglas que rigen las medidas necesarias para que una garantía real sobre el crédito sea eficaz frente a terceros, iii) las reglas que rigen la prelación de una garantía real sobre el crédito frente a los derechos de demandantes concurrentes, iv) las reglas que rigen la ejecución de una garantía real sobre el crédito frente al otorgante y a otras partes que puedan estar interesadas en el crédito derivado del otorgante, y v) las reglas que rigen el derecho del acreedor garantizado, o de una parte a la que se haya cedido el crédito en una enajenación realizada conforme a los procedimientos de ejecución, a que se ejecute el crédito contra la parte obligada. Con respecto a la cuestión v), también debe tomarse en consideración la fuente de derecho sustantivo que rija los derechos y obligaciones de la parte obligada sobre el crédito con respecto al acreedor garantizado o a otra parte que lo ejecuten. Respecto de todas estas cuestiones, deben tomarse también en consideración las reglas sobre conflictos de leyes que determinan el Estado cuya ley será aplicable.

Parece evidente que las recomendaciones existentes en el proyecto de guía que regulan las garantías reales sobre otros bienes muebles inmateriales son suficientes para regir las cuatro primeras cuestiones relativas a las garantías reales sobre créditos.

Resolución de la quinta cuestión: el derecho del acreedor garantizado a ejecutar el crédito frente a la parte obligada depende probablemente, en parte, de si, en virtud de otra legislación, el crédito es transferible (o de si puede ser ejecutado por un cesionario). Las limitaciones de la cesión de un crédito (o de la ejecutabilidad de un crédito por el cesionario) pueden ser resultado de las

limitaciones impuestas a la cesión en un contrato entre la parte obligada respecto al crédito y la parte obligante/otorgante que sean ejecutables en virtud de la ley aplicable o que puedan derivarse directamente de una regla de derecho que limite la cesión de ciertos créditos, incluso cuando no haya ninguna prohibición contractual. A este respecto, cabe señalar que en algunos casos la razón de ser de estas reglas de derecho es la protección de la parte obligada, mientras que en otros esas reglas están destinadas a proteger a la parte obligante. Si bien en el proyecto de guía se recomienda que se impongan límites a la eficacia de determinadas disposiciones contractuales de intransferibilidad respecto de los créditos, el Grupo de Trabajo puede llegar a la conclusión de que las justificaciones económicas para limitar la eficacia de esas cláusulas de intransferibilidad en el caso de los créditos no existen cuando la obligación de la parte obligada no es monetaria. En consecuencia, el Grupo de Trabajo puede llegar a la conclusión de que la capacidad del acreedor garantizado para hacer ejecutar un crédito directamente frente a la parte obligada puede estar limitada por el contrato.

Con respecto a la fuente de derecho sustantivo que rige la quinta cuestión, el Grupo de Trabajo tal vez desee llegar a la conclusión de que, al igual que en el caso de las garantías reales sobre otros tipos de bienes muebles consistentes en reclamaciones frente a un tercero (como créditos por cobrar y títulos negociables), el marco jurídico que rige el crédito determina la naturaleza de las obligaciones de la parte obligada (y el grado en que las disposiciones contractuales de intransferibilidad u otras reglas jurídicas de intransferibilidad son aplicables).

Con respecto a las normas sobre conflictos de leyes, las recomendaciones que figuran en el capítulo sobre los conflictos de leyes parecen ser muy adecuadas para regular las cuatro primeras cuestiones antes enunciadas. Respecto de la quinta cuestión, el Grupo de Trabajo tal vez desee llegar a la conclusión de que debería regirse por la legislación del Estado cuya ley rija los créditos.]

o) Por "crédito por cobrar" se entenderá todo derecho al cumplimiento de una obligación monetaria, excluidos, sin embargo, los derechos respaldados por un título negociable, la obligación de efectuar un pago en virtud de una promesa independiente y la obligación de un banco de efectuar un pago con respecto a una cuenta bancaria.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que la definición de "crédito por cobrar" en el proyecto de guía es más amplia que la definición del mismo concepto que se da en el párrafo a) del artículo 2 de la Convención, pues abarca incluso los créditos por cobrar no contractuales, como, por ejemplo, los créditos que nacen en virtud de la ley (como los créditos extracontractuales nacidos en el contexto de un enriquecimiento injusto o de créditos fiscales), o los créditos por cobrar confirmados por resoluciones judiciales o laudos arbitrales (a menos que se incorporen a un acuerdo de compensación). El Grupo de Trabajo tal vez desee limitar la definición de "crédito por cobrar" en el proyecto de guía a los créditos por cobrar contractuales, o bien considerar si las recomendaciones enunciadas en el presente documento deberían ser aplicables también, con las modificaciones necesarias, a los créditos por cobrar no contractuales.*]

p) Por "cesión" se entenderá la constitución de una garantía real sobre un crédito por cobrar o la transferencia absoluta o pura y simple de un crédito.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que la constitución de una garantía real sobre un crédito incluye una transferencia o cesión pura y simple de créditos como garantía, lo cual en el proyecto de guía se considera una garantía real.*]

q) Por "cedente" se entenderá la persona que ceda un crédito por cobrar.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Artículo 2 a) de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.*]

r) Por "cesionario" se entenderá la persona a quien se ceda un crédito por cobrar.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Artículo 2 a) de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.*]

s) Por "cesión subsiguiente" se entenderá toda cesión realizada por el cesionario inicial o por cualquier otro cesionario. En todo supuesto de cesión subsiguiente, la persona que haga la cesión será el cedente y la persona a quien se haga la cesión será el cesionario.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Artículo 2 b) de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.*]

t) Por "deudor de una cuenta" se entenderá toda persona a quien corresponda pagar un crédito.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Artículo 2 a) de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos. El "deudor de una cuenta" incluye a un "garante", dado que una garantía accesoria constituye un crédito.*]

u) Por "notificación de la cesión" se entenderá la comunicación escrita en la que se identifiquen suficientemente los créditos que se ceden y el cesionario.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Artículo 5 d) de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos. De conformidad con las recomendaciones 11 y 12 (véase A/CN.9/WG.VI/WP.21), el concepto de "escrito" engloba las comunicaciones electrónicas y el de "firma" abarca también las firmas electrónicas. El Grupo de Trabajo tal vez desee incluir en las definiciones las recomendaciones 11 y 12.*]

v) Por "contrato originario", en el contexto de una cesión, se entenderá el contrato celebrado entre el cedente y el deudor de una cuenta del que nace el crédito cedido.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Artículo 5 a) de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.*]

II. Recomendaciones

Partes, garantías reales, obligaciones garantizadas y bienes a los que se aplica el régimen (A/CN.9/WG.VI/WP.21, recomendaciones 3 d) y f)

3. En particular, el régimen debería disponer que será aplicable a:

d) Todo tipo de bienes muebles y bienes inmuebles por destino, corporales o inmateriales, presentes o futuros, que no se hayan excluido expresamente del ámbito de aplicación del régimen, incluidas las existencias, los bienes de equipo y otros bienes, los créditos por cobrar, los títulos negociables, los documentos negociables, las cuentas bancarias, el producto del cobro de una promesa independiente y los derechos de propiedad intelectual;

...

f) En general, las transferencias absolutas de créditos por cobrar;

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que, dado que la definición de "crédito por cobrar", enunciada en el párrafo 21 o) del documento A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1 excluye los derechos de cobro en virtud de un título negociable, la obligación de pago en virtud de una garantía independiente y la obligación de un banco de pagar fondos acreditados a una cuenta bancaria, la recomendación 3 f) no es aplicable a una transferencia absoluta de un título negociable, de una garantía independiente o de un derecho al pago de fondos acreditados a una cuenta bancaria (no obstante, las recomendaciones son aplicables a las transferencias de tales bienes con fines de garantía, pues son tratadas como operaciones garantizadas; por ejemplo, la transferencia con fines de garantía de un derecho al cobro de fondos de una cuenta bancaria queda abarcada como método para conseguir el control; véase la definición de "control" en A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.1), El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse si una transferencia absoluta de un título negociable debería entrar en el ámbito del presente proyecto de guía.*

Existen varias razones para incluir tales transferencias en la Guía. Si se prevén normas claras para la constitución, la eficacia frente a terceros y la prelación de una transferencia absoluta de un título negociable, se podría contribuir a facilitar las operaciones de financiación, las bursatilizaciones y las ventas de participaciones en préstamos que entrañan la transferencia absoluta de títulos negociables. Con esta inclusión se reconocería también que, ya que el proyecto de guía ya incluye en su ámbito de aplicación la transferencia absoluta de créditos por cobrar, resultaría lógico ampliarla para que incluyera en su ámbito los derechos de cobro que hubieran sido créditos por cobrar de no haber sido demostrados por títulos negociables.

Sin embargo, existen también razones para no incluir las transferencias absolutas de títulos negociables en el ámbito del proyecto de guía. La razón principal es que los beneficios de su inclusión en el texto podrían verse contrarrestados por las cargas que supondría la inclusión en el proyecto de guía de reglas relativas a las transferencias absolutas de títulos negociables. Los beneficios de su inclusión en el texto tal vez no fueran considerables en los ordenamientos en

que la legislación relativa a las transferencias absolutas de títulos negociables ya estuviera clara. Cuanto mayor fuera el número de Estados que estuvieran satisfechos con su actual legislación al respecto, menores serían los beneficios de la inclusión de esta cuestión en el proyecto de guía. Además, puede variar entre países el volumen de las operaciones de financiación en que se producen transferencias absolutas de títulos negociables y también puede variar la necesidad de conferir al cesionario suficientes derechos de protección mediante reglas de derecho que no fuera la legislación sobre los títulos negociables.

Esta inclusión supondría diversas cargas. El Grupo de Trabajo habría de examinar el proyecto de guía en su totalidad a fin de determinar las reglas especiales que sería preciso introducir en cuestiones como la constitución, la eficacia frente a terceros y la prelación. Al abordar la eficacia frente a terceros, el Grupo de Trabajo habría de examinar si para que una transferencia absoluta de un título negociable fuera eficaz frente a terceros, el comprador tendría que tomar posesión del título negociable o inscribir en un registro general de garantías reales una notificación de la transferencia absoluta; o tendría que examinar si la eficacia frente a terceros se deriva automáticamente de la constitución de una garantía. Las partes que otorgan crédito respaldado por garantías reales sobre títulos negociables pueden ser partidarios de una regla de eficacia frente a terceros basada en la posesión o en la inscripción, mientras que las partes que compren títulos negociables en cantidad y los compradores y vendedores habituales de préstamos y de participaciones en préstamos tal vez prefieran una regla de eficacia automática frente a terceros.

Un último motivo para excluir las cesiones absolutas de títulos negociables es que, como cuestión técnica, las cesiones absolutas de títulos negociables entran más en el ámbito de la compraventa que en el de las operaciones garantizadas. Si bien en el ámbito del proyecto de guía entran las cesiones absolutas de créditos por cobrar, esto se debe en gran medida al deseo de proteger la fiabilidad del sistema de inscripción, que sería de escasa utilidad para establecer la prelación para la financiación de créditos por cobrar si las cesiones absolutas de créditos fueran excluidas del requisito de la inscripción. Otros criterios similares no serían aplicables a una cesión absoluta de un título negociable, dado que el prestamista o comprador tendría generalmente la opción de obtener la prelación en virtud de la recomendación 74 b) (véase A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.4) tomando posesión del título negociable.

Aun cuando el Grupo de Trabajo decida que las cesiones de títulos negociables entren en el ámbito del proyecto de guía como cuestión general, el Grupo de Trabajo podría plantearse ciertas exclusiones que tal vez fueran apropiadas. Por ejemplo, puede ser conveniente excluir las cesiones de cheques del ámbito del proyecto de guía, aun cuando entren en ella las cesiones de otros títulos negociables. Las operaciones de financiación en las que se producen cesiones de cheques pueden ser mucho menos habituales y tal vez sigan siendo mucho menos comunes que las operaciones de financiación en las que se recurre a otros títulos negociables.]

Constitución de una garantía real sobre créditos por cobrar (véase A/CN.9/WG.VI/WP.21, recomendaciones 13, 14 y 15)

Bienes y obligaciones sujetos a un acuerdo de garantía

13. El régimen debería especificar que una garantía real puede respaldar todo tipo de obligaciones, incluidas las futuras, las condicionadas y las fluctuantes. También debería especificar que puede constituirse una garantía real sobre todo tipo de bienes, inclusive sobre partes de bienes y derechos indivisos sobre bienes, así como sobre bienes sobre los que, al celebrarse el acuerdo de garantía, el otorgante aún no tenga el dominio o de los que no pueda disponer, o que tal vez aún no existan, como es el caso del producto obtenido de ellos. Toda excepción prevista debería ser limitada y enunciarse claramente en el régimen.

Eficacia de una cesión de créditos en bloque y una cesión de créditos por cobrar futuros, las partes de derechos o los derechos indivisos sobre créditos

14. El régimen debería disponer que:

a) La cesión de créditos que no estén debidamente especificados, los créditos futuros, las partes de derechos o los derechos indivisos sobre créditos tendrán eficacia entre el cedente y el cesionario y también frente al deudor de la cuenta siempre y cuando, en el momento de la cesión o, en el caso de los créditos futuros en el momento en que nazcan, puedan asociarse a la cesión a la que se refieren; y

b) A menos que se convenga otra cosa, toda cesión de uno o varios créditos futuros tendrá eficacia sin necesidad de que se realice un nuevo acto de transferencia para la cesión de cada crédito por cobrar.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Artículo 8 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos. El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que se aplicarán las recomendaciones generales, a menos que se modifiquen por recomendaciones específicas relacionadas con los bienes.*]

Eficacia de una cesión efectuada a pesar de la existencia de una cláusula de intransferibilidad

15. El régimen debería disponer que:

a) Una cesión será eficaz entre el cedente y el cesionario y frente al deudor de la cuenta a pesar de todo acuerdo entre el cedente inicial y cualquier cedente subsiguiente y el deudor de la cuenta o un cesionario subsiguiente por el que se limite de algún modo el derecho del cedente a ceder sus créditos;

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que en virtud de la recomendación 15 a) solo carecerá de eficacia un acuerdo entre la parte obligada y el obligante por el que se limite el derecho del obligante a ceder un crédito adeudado por la parte obligada al obligante. Si se cede tal crédito, la parte obligada será el "deudor de la cuenta" y el obligante, el "cedente".*

Por ejemplo, si en un acuerdo de arrendamiento de bienes se limita el derecho del arrendador a ceder el producto del alquiler que se derive del arrendamiento, la recomendación 15 a) anula la eficacia de la limitación de la cesión, dado que el

acuerdo se celebra entre la parte obligada (el arrendatario) y el obligante (el arrendador) del crédito (precio del alquiler que se deriva del contrato de arrendamiento). En cambio si el acuerdo de arrendamiento entre el arrendador y el arrendatario limita el derecho de este a ceder un crédito consistente en la reclamación de alquileres adeudados al arrendatario por el subarrendatario en virtud de un subarrendamiento, la recomendación 15 a) no será aplicable, y ninguna disposición de la presente Guía puede anular la eficacia de la limitación. Ello se debe a que el acuerdo por el que se limita el derecho del arrendatario a ceder su reclamación de alquileres que le arriende el subarrendatario en virtud del subarrendamiento no es un acuerdo entre el arrendatario (subarrendatario y obligante en un subarrendamiento) y el subarrendatario (parte obligada en el subarrendamiento). La ejecutabilidad frente al arrendatario de la limitación en el arrendamiento se determinaría en virtud de reglas de derecho distintas de las recomendadas en la presente Guía.

El mismo análisis sería aplicable si la restricción de la cesión figurara en una licencia de propiedad intelectual. La recomendación 15 a) haría ineficaz toda cláusula de un acuerdo de concesión de licencia que impidiera al otorgante de la licencia ceder el producto adeudado por el licenciatario. No obstante, no dejaría sin eficacia una cláusula del acuerdo de licencia por la que se restringiera el derecho del licenciatario a ceder el producto de una sublicencia. La eficacia de tal cláusula se determinaría conforme a una regla de derecho distinta de la recomendada en el presente proyecto de guía.]

b) Si otra regla de derecho impone una obligación o responsabilidad al cedente por incumplimiento de tal acuerdo, la otra parte en dicho acuerdo no podrá resolver el contrato del que se deriven los créditos cedidos ni el contrato de cesión por la mera razón del incumplimiento. Ninguna persona que no sea parte en dicho acuerdo será responsable por el mero hecho de haber tenido conocimiento del acuerdo;

[c) Esta recomendación es únicamente aplicable a las cesiones de créditos:

i) Nacidos de un contrato originario que sea un contrato para el suministro o el arrendamiento de bienes o servicios, salvo si se trata de servicios financieros, un contrato de obras o un contrato para la venta o el arrendamiento de bienes raíces;

ii) Nacidos de un contrato originario de venta, arrendamiento o de concesión de una licencia industrial o de otro tipo de propiedad intelectual o de información de propiedad;

iii) Que representen la obligación de pago por una operación efectuada mediante tarjeta de crédito;

iv) Adeudados al cedente tras el pago neto compensatorio conforme a un acuerdo de liquidación de saldos netos entre más de dos partes.]

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se aclarará que la resolución del contrato que se menciona en el párrafo b) significa la rescisión del contrato en general.*]

Constitución de una garantía real sobre un derecho que garantice o respalde un crédito cedido, un título negociable u otra obligación (véase A/CN.9/WG.VI/ WP.24/Add.2)

16. El régimen debería disponer que, al constituirse una garantía real sobre un crédito por cobrar, un título negociable o cualquier otra obligación que entrara en el concepto de bien gravado en la presente Guía, quedará automáticamente constituida una garantía real sin que haga falta ninguna acción por parte del otorgante ni del acreedor garantizado, sobre cualquier derecho personal o real que garantice o respalde el pago o el cumplimiento de ese crédito, título negociable u otra obligación. No obstante, si en virtud de la ley que rija un derecho que respalde el pago de un crédito, de un título negociable o de otra obligación que entre en el concepto de bien gravado en la presente Guía, podrá constituirse una garantía real sobre ese derecho de garantía únicamente después de un acto separado de constitución y el otorgante estará obligado a adoptar esta medida. Cuando una promesa independiente respalde el pago o el cumplimiento de una obligación de cobro de un crédito, de un título negociable o de cualquier otra obligación conceptuada como bien gravado en la presente Guía quedará constituida una garantía real sobre el derecho a cobrar el producto de la promesa independiente sin ningún acto separado de constitución por parte del otorgante.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que la segunda frase de la recomendación 16 hace referencia a la "ley que rige un derecho". La ley recomendada en el proyecto de Guía puede ser esa ley interna. El Grupo de Trabajo tal vez desee también tomar nota de que la segunda frase de la recomendación 16, que se basa en la segunda frase del artículo 10.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, tenía la finalidad de hacer referencia a los derechos independientes a fin de salvaguardar los intereses de la parte obligada de un derecho independiente, como una promesa independiente (véase el comentario analítico sobre el proyecto de convención, A/CN.9/489, párr. 105). Este resultado puede lograrse mejor en el derecho interno, como con la ley recomendada en el proyecto de guía en términos del siguiente tenor: "La presente recomendación no constituye una promesa real sobre un derecho independiente, como una garantía independiente, y no afecta a los derechos y obligaciones de la parte obligada de un derecho independiente, como el garante/emisor de una garantía independiente o la persona designada en tal promesa". Si el Grupo de Trabajo adopta este enunciado, podría suprimirse la segunda frase de la recomendación 16. Dado que la tercera frase de la recomendación 16 tiene por objeto inferir de la segunda frase derechos a recibir un pago en virtud de una promesa independiente, esa tercera frase también podría suprimirse.*

De este modo se facilitarían las operaciones de financiación abarcadas por la primera frase de la recomendación 16. Entre esas operaciones figuran las bursatilizaciones de conjuntos de préstamos respaldados por garantías reales sobre bienes muebles e inmuebles. En estos casos, el comprador de los préstamos querrá poder cerciorarse de los derechos de garantía que respaldan los préstamos pero, al principio de la adquisición, no querrá que se le impongan gastos adicionales por un acto separado de cesión (en caso de que lo requiera una regla de derecho distinta de la ley recomendada en el presente proyecto de guía) para cada uno de los préstamos, que podrían llegar a centenares o millares. En su caso, serían

necesarios actos separados de cesión (si lo requiriera otra regla de derecho) para hacer cumplir los préstamos que más adelante no se reembolsaran y que suelen ser una pequeña parte de los préstamos mancomunados efectivamente adquiridos. El comprador podría decidir aceptar los gastos de actos separados de cesión en el momento de la ejecución ya sea voluntariamente del vendedor o con la asistencia de un tribunal. Pero, al decidir si adquiere los préstamos y a qué precio, el comprador tendría en cuenta los gastos de los actos separados de cesión solo para una pequeña parte de los préstamos que probablemente no se cumplirían, pero no para todo el conjunto de préstamos. Con la economía de gastos, el vendedor podría obtener un precio de adquisición más alto, con lo cual este acabaría disponiendo de más fondos.

El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si: i) la recomendación 16 es aplicable a las cesiones absolutas de créditos por cobrar (pero no de títulos negociables o de otras obligaciones, dado que el proyecto de guía se aplica en general únicamente a las cesiones absolutas de créditos por cobrar) dado que, aun en el caso de una transferencia absoluta de un crédito, deberían seguir los derechos que respaldan el pago del crédito; y ii) la recomendación 16 debería complementarse con recomendaciones del tenor de los párrafos 2 a 6 del artículo 10 de la Convención (sobre los párrafos 2 a 4, véase la recomendación 15 supra*; para los párrafos 5 y 6, véase* infra*).*

"La constitución de una garantía real sobre un derecho real sin desplazamiento en virtud del párrafo 1 de la presente recomendación [o su cesión absoluta] no afectan a ninguna obligación del cedente frente al deudor de la cuenta o a la persona que otorgue el derecho real con respecto a los bienes pertinentes que existen en virtud de la ley que rige el derecho real."

Según este enunciado, si una garantía real o su cesión suponen la entrega de la posesión de un bien y si tal entrega causa pérdidas o perjuicios al deudor de la cuenta o a la persona que otorga el derecho, no se verá afectada la responsabilidad que pueda existir de una regla de derecho aplicable al margen de la ley recomendada en el proyecto de guía. Este caso puede darse, por ejemplo, cuando se entrega la posesión de un bien corporal de valor, si el acreedor garantizado o el cesionario daña o pierde el bien.

"Esta recomendación no afecta a ningún requisito enunciado en una regla de derecho que no sea la presente ley en lo que se refiere a la forma de la inscripción o a la constitución de garantías reales sobre cualquier derecho que respalde el pago de un crédito cedido, título negociable u otra obligación [o sobre la cesión absoluta de tal derecho, título u obligación]."

Este enunciado deja claro que la forma de la cesión de una garantía real sobre un bien al margen del presente régimen (por ejemplo, de un bien inmueble) se deja en manos de otras reglas de derecho. En consecuencia, puede ser necesario un documento notarial y la inscripción para que el cesionario de una hipoteca obtenga diversos derechos en virtud de la legislación inmobiliaria, como el de ejecutar la hipoteca.]

Derechos y obligaciones del cedente y del cesionario antes del incumplimiento

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee incluir en el texto recomendaciones referentes a los derechos y obligaciones del cedente y del cesionario en el capítulo relativo a los derechos y obligaciones de las partes antes de un incumplimiento. Estas recomendaciones podrían basarse en los artículos 11 a 14 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.*]

Derechos y obligaciones del cedente y del cesionario

16 *bis* El régimen debería disponer que:

a) Los derechos y obligaciones recíprocos del cedente y del cesionario que dimanan del acuerdo celebrado entre ellos son determinados por los términos y condiciones que se enuncian en el acuerdo, incluidas las reglas o condiciones generales a que se haga referencia en dichos términos y dichas condiciones;

b) El cedente y el cesionario están obligados por cualquier uso que hayan convenido y, a menos que se haya acordado otra cosa, por cualquier práctica que hayan establecido entre ellos[;

c) En una cesión internacional, a menos que se convenga otra cosa, se considera que el cedente y el cesionario han hecho implícitamente aplicable a la cesión una usanza muy difundida en el comercio internacional, que es ordinariamente observada por las partes en un determinado tipo de cesión o en una cesión de una determinada categoría de créditos].

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse si el párrafo c) se ajustaría al derecho interno. De incluirse el párrafo c) en el texto, tal vez habría que definir el concepto de "cesión internacional".*]

Declaraciones del cedente

16 *ter* El régimen debería disponer que:

a) A menos que el cedente y el cesionario acuerden otra cosa, el cedente asegura, en el momento de la celebración del contrato de cesión, que:

i) El cedente tiene el derecho a ceder el crédito;

ii) El cedente no ha cedido con anterioridad el crédito a ningún otro cesionario; y

iii) El deudor de la cuenta no puede ni podrá oponer excepciones ni gozar de derechos de compensación;

b) A menos que el cedente y el cesionario hayan convenido otra cosa, el cedente no declara que el deudor de la cuenta tiene o tendrá la capacidad para pagar.

Derecho de notificación del deudor de la cuenta

16 *quater* El régimen debería disponer que:

a) Salvo acuerdo en contrario entre el cedente y el cesionario, el cedente o el cesionario, o ambos, podrán enviar al deudor de la cuenta una notificación de la cesión e instrucciones de pago, pero una vez enviado el aviso, solo el cesionario podrá enviar tales instrucciones; y

b) La notificación de la cesión o las instrucciones de pago hechas en violación de uno de los acuerdos a que se haga referencia en el párrafo a) de la presente recomendación carecerán de validez a los efectos de la recomendación 19 debido a esa violación. Sin embargo, nada de lo dispuesto en la presente recomendación afectará a las obligaciones o a la responsabilidad de la parte que incumpla tal acuerdo en lo que respecta a los daños y perjuicios derivados de dicho incumplimiento.

Derecho al pago

16 *quinquies* El régimen debería disponer que:

a) Entre el cedente y el cesionario, a menos que se convenga otra cosa, e independientemente de que se haya enviado o no la notificación de la cesión:

i) Si el pago del crédito cedido se efectúa en beneficio del cesionario, este tendrá derecho a retener el producto y los bienes devueltos con respecto al crédito cedido;

ii) Si el pago del crédito cedido se hace en beneficio del cedente, el cesionario tendrá derecho al pago del producto y también a los bienes devueltos al cedente con respecto al crédito cedido; y

iii) Si el pago del crédito cedido se hace en beneficio de otra persona respecto de la cual el cesionario goce de prelación, el cesionario tendrá derecho al pago del producto y también al pago de los bienes devueltos a esa persona en relación con el crédito cedido;

b) El cesionario no podrá retener un valor superior al de su derecho sobre el crédito.

Derechos y obligaciones del deudor de la cuenta y del cesionario (véase A/CN.9/WG.VI/WP.21, recomendaciones 17 a 23)

Principio de la protección del deudor de la cuenta

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Las recomendaciones 17 a 23 se basan en los artículos 15 a 21 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.*]

17. El régimen debería disponer que:

a) De no disponer otra cosa la presente ley, y salvo el consentimiento del deudor de la cuenta, la cesión no afectará a los derechos y obligaciones de este ni a las condiciones de pago estipuladas en el contrato originario;

b) En las instrucciones de pago se podrá cambiar el nombre de la persona, la dirección o la cuenta en la cual el deudor deba hacer el pago; sin embargo, no se podrá cambiar:

i) La moneda en que se deba hacer el pago según el contrato originario; o

ii) El Estado donde se deba hacer el pago según el contrato originario por otro que no sea aquel en donde esté situado el deudor de la cuenta.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la posibilidad de que en el inciso b) ii) se hable de "lugar", en vez de "Estado", a fin de impedir que se modifique el lugar de pago incluso en un único Estado. El Grupo de Trabajo tal vez desee también tomar nota de que habría que ajustar las referencias al "contrato originario" si el Grupo decidiera que estas recomendaciones fueran aplicables incluso a créditos no contractuales (véase la nota a continuación de la definición de "crédito por cobrar"* supra*).*]

Notificación del deudor de la cuenta

18. El régimen debería disponer que:

a) Tanto la notificación de la cesión como las instrucciones de pago surtirán efecto una vez recibidas por el deudor de la cuenta si constan en un idioma en el que razonablemente quepa prever que el deudor quedará informado de su contenido. Es suficiente que la notificación de la cesión o las instrucciones de pago consten en el idioma del contrato originario; y

b) La notificación de la cesión o las instrucciones de pago podrán corresponder a créditos nacidos con posterioridad a la notificación; y dicha notificación de una cesión subsiguiente constituye notificación de toda cesión anterior.

Pago liberatorio del deudor de la cuenta

19. El régimen debería disponer que:

a) Hasta que reciba la notificación de la cesión, el deudor de la cuenta podrá liberarse de su obligación efectuando el pago de conformidad con el contrato originario;

b) Una vez recibida la notificación de la cesión y a reserva de lo dispuesto en los párrafos c) a h) de la presente recomendación, el deudor de la cuenta podrá efectuar el pago liberatorio únicamente en favor del cesionario o de conformidad con las nuevas instrucciones de pago que reciba o que le dé ulteriormente el cesionario por escrito;

c) El deudor de la cuenta, si recibe más de una instrucción de pago relativa a una única cesión de los mismos créditos efectuada por el mismo cedente, quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con las últimas instrucciones de pago que haya recibido del cesionario antes de hacerlo;

d) El deudor de la cuenta, de serle notificada más de una cesión efectuada por el mismo cedente de unos mismos créditos, quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con la primera notificación que reciba;

e) El deudor de la cuenta, si recibe notificación de una o más cesiones subsiguientes, quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con la notificación de la última de las cesiones subsiguientes;

f) El deudor de la cuenta, de serle notificada la cesión de una parte de uno o más créditos o de un derecho indiviso sobre tales créditos, quedará liberado de su obligación pagando de conformidad con la notificación o de acuerdo con lo dispuesto en la presente recomendación como si no hubiera recibido la notificación.

Si el deudor paga de conformidad con la notificación, solo quedará liberado de su obligación en lo que respecta a la parte o al derecho indiviso pagado.

g) El deudor de la cuenta, de serle notificada la cesión por el cesionario, tendrá derecho a pedirle que presente en un plazo razonable prueba suficiente de que la cesión del cedente inicial en beneficio del cesionario inicial y todas las cesiones intermedias han tenido lugar y, de no hacerlo el cesionario, quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con lo dispuesto en la presente recomendación como si no hubiera recibido la notificación del cesionario. Por prueba suficiente de la cesión se entenderá cualquier escrito emitido por el cedente, o cualquier prueba equivalente, en que se indique que la cesión ha tenido lugar.

h) Lo dispuesto en la presente recomendación se entenderá sin perjuicio de cualquier otro motivo por el cual el deudor de la cuenta quede liberado de su obligación haciendo el pago a quien tenga derecho a percibirlo, a una autoridad judicial o de otra índole, o a una caja pública de depósitos.

Excepciones y derechos de compensación del deudor de la cuenta

20. El régimen debería disponer que:

a) El deudor de la cuenta, frente a la acción del cesionario para reclamarle el pago de los créditos cedidos, podrá oponer las excepciones o los derechos de compensación derivados del contrato originario, o de cualquier otro contrato que sea parte de la misma operación, que tendría si la cesión no hubiera tenido lugar y si la acción hubiese sido ejercitada por el cedente;

b) El deudor de la cuenta podrá oponer al cesionario cualquier otro derecho de compensación, siempre que lo hubiera podido invocar en el momento de recibir la notificación de la cesión;

c) No obstante lo dispuesto en los párrafos a) y b) de la presente recomendación, el deudor de la cuenta no podrá oponer al cesionario las excepciones y los derechos de compensación que tenga contra el cedente de conformidad con las recomendaciones 15 y 16 en razón del incumplimiento de un acuerdo por el que se limite de alguna manera el derecho del cedente a efectuar la cesión.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que, con arreglo a la recomendación 3 a) (véase A/CN.9/WG.VI/WP.21), si bien el proyecto de guía se aplica a los consumidores, no puede afectar a sus derechos previstos en la legislación de protección del consumidor*.]

Acuerdo de no oponer excepciones ni derechos de compensación

21. El régimen debería disponer que:

a) El deudor de la cuenta, mediante escrito firmado por él, podrá convenir con el cedente en no oponer al cesionario las excepciones ni los derechos de compensación que tenga en virtud de la recomendación 20. Ese acuerdo impedirá al deudor oponer al cesionario tales excepciones y derechos;

b) El deudor de la cuenta no podrá renunciar a oponer excepciones:

i) derivadas de actos fraudulentos imputables al cesionario; ni

ii) basadas en su propia incapacidad;

c) Este acuerdo podrá modificarse únicamente mediante otro que conste por escrito y esté firmado por el deudor de la cuenta. Los efectos de estas modificaciones respecto del cesionario se regirán por lo dispuesto en el párrafo b) de la recomendación 22.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: La recomendación 21 se basa en el artículo 19 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, que se refiere a un escrito firmado con el único objeto de renunciar a oponer excepciones, o a la modificación de un escrito de esa índole. Si el Grupo de Trabajo decide no hacer referencia a la firma en la recomendación 8 (véase A/CN.9/WG.VI/WP.21) sino más bien a la prueba de que el otorgante se proponía conceder una garantía real, tal vez desee reconsiderar la referencia a la firma en la recomendación 21. Si en la recomendación 8 se retiene la referencia a la firma, sería suficiente una firma electrónica (véase la nota a continuación de la definición u).*]

Modificación del contrato originario

22. El régimen debería disponer que:

a) El acuerdo concertado antes de la notificación de la cesión entre el cedente y el deudor de la cuenta que afecte a los derechos del cesionario será válido respecto de este, el cual adquirirá los derechos correspondientes;

b) El acuerdo concertado después de la notificación de la cesión entre el cedente y el deudor de la cuenta que afecte a los derechos del cesionario no será valido respecto de este salvo si:

i) el cesionario consiente en él; o si

ii) el crédito no es completamente exigible por la falta de pleno cumplimiento del contrato originario y, o bien este prevé la modificación, o cualquier cesionario razonable consentiría en tal modificación en el contexto de dicho contrato.

c) Lo dispuesto en los párrafos a) y b) de la presente recomendación no afectará a los derechos del cedente o de cesionario en razón del incumplimiento de un acuerdo concertado entre ellos.

Reintegro de la suma pagada

23. El régimen debería disponer que el incumplimiento por el cedente del contrato originario no dará derecho al deudor de la cuenta a recuperar del cesionario la suma que hubiese pagado al cedente o al cesionario.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que la recomendación 23 no afectará en modo alguno a la responsabilidad del cedente frente al deudor de la cuenta por incumplimiento de contrato.*]

Eficacia frente a terceros de una garantía real sobre créditos por cobrar (véase A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.3, recomendación 37)

37. El régimen debería disponer que el derecho de un cesionario en una cesión pura y simple de créditos por cobrar adquirirá eficacia frente a terceros mediante la inscripción de una notificación de la garantía real en el registro general de las garantías reales.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo recordará que, en su noveno período de sesiones, decidió trasladar el texto de la recomendación 37 al comentario, pues en él se repite la regla general de la eficacia frente a terceros (véase A/CN.9/593, párr. 18).*]

Prelación de garantías reales sobre créditos por cobrar (A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.4, recomendaciones 80 y 81)

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que las recomendaciones generales sobre prelación se aplican a las garantías reales sobre créditos por cobrar, así como a las cesiones absolutas de créditos.*]

Ejecución de una garantía real sobre créditos por cobrar (A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.1, recomendaciones 88, 102 y 103)

Aplicación del presente capítulo a las transferencias absolutas de créditos por cobrar

88. El régimen debería disponer que el presente capítulo será aplicable a la ejecución de los derechos de un cesionario de créditos por cobrar adquiridos por medio de una transferencia absoluta, pero lo será únicamente cuando, conforme a los términos de la transferencia, se recurra al cedente en caso de impago del deudor de la cuenta.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que la recomendación 88 tiene la finalidad de aclarar que, si bien la presente Guía es aplicable en general a las transferencias absolutas de créditos por cobrar, el presente capítulo es únicamente aplicable a las transferencias absolutas de créditos por cobrar si se recurre al cedente.*]

Cobro de créditos exigibles

102. Con respecto a un crédito por cobrar que sea un bien gravado, el régimen debería prever que, tras producirse un incumplimiento o antes de que se produzca con el acuerdo del cedente, el acreedor garantizado podrá cobrar o hacer ejecutar el pago del crédito.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que el acreedor garantizado tendrá también la opción de enajenar un crédito por cobrar conforme a las recomendaciones 93 d), e), 110 y 113 (véase A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.1). En el comentario se explicará asimismo que el cesionario podrá enviar una notificación e instrucciones de pago incluso en contravención de un acuerdo con el cedente (véase la recomendación 16* quater bis supra*).*]

103. El régimen debería prever que el derecho del acreedor garantizado a cobrar o a hacer ejecutar el pago de un crédito exigible incluye el derecho a cobrar o, si no, a hacer ejecutar cualquier derecho personal o real que respalde el pago o el cumplimiento del crédito (como, por ejemplo, una garantía o un derecho de garantía).

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se examinará de qué manera otras recomendaciones del capítulo sobre la ejecución se pueden aplicar a la ejecución de un derecho que respalde el pago de un crédito cedido.*]

Ley aplicable a las garantías reales sobre bienes inmateriales (A/CN.9/WG.VI/WP.24)

137. El régimen debería disponer que la constitución de toda garantía sobre bienes inmateriales, su eficacia frente a terceros y su prelación sobre los derechos de otras partes reclamantes se rijan por las leyes del Estado en que esté situado el otorgante. [Sin embargo, con respecto a las garantías reales sobre bienes inmateriales que están sujetos a un sistema de inscripción registral, el régimen debería disponer que esas cuestiones se rijan por la ley del Estado en que [...].]

[137 *bis* El régimen debería disponer que la ley del Estado en que se encuentre situado el cedente regirá la constitución de una garantía real, su eficacia frente a terceros y la prelación de tal garantía sobre un crédito dimanante de la venta o del arrendamiento de un bien inmueble, o dimanante de un acuerdo de garantía relativo a dicho bien inmueble será superior a la de los demandantes concurrentes. No obstante, en un conflicto de prelación que afecte a los derechos de un tercero concurrente inscrito en el registro inmobiliario del Estado en que se encuentre el inmueble regirá la ley de dicho Estado.]

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee agregar al texto una nueva recomendación del tenor de la recomendación 137* bis*, cuya finalidad es regular la ley aplicable a las cesiones de créditos adeudados a un otorgante en virtud de un acuerdo de venta o arrendamiento de un inmueble o de un acuerdo de garantía sobre un bien inmueble. En varios Estados no es posible constituir garantías sobre tales créditos, independientemente del bien inmueble pertinente, con lo cual la eficacia entre las partes, la eficacia frente a terceros y la prelación de una garantía real sobre los créditos se regirán por la ley (y, en particular, por el régimen registral) aplicable al bien inmueble pertinente. En otros Estados, es posible otorgar una garantía real sobre tales créditos, independientemente del bien inmueble pertinente, pero el acreedor garantizado tiene menos prelación que los derechos de los terceros que estén inscritos, respecto del bien inmueble pertinente, en el registro inmobiliario. La segunda frase de la recomendación 137 tiene la finalidad de preservar la aplicación de la ley del Estado en que esté situado el inmueble pertinente, a fin de proteger a los terceros que dependan de la inscripción registral de los inmuebles de ese Estado. Se hace referencia a los derechos de los terceros concurrentes debido a que la expresión "demandante concurrente" se define por referencia a las garantías reales sobre bienes muebles. También se hace referencia a los "derechos" de tales partes, ya que los derechos de los terceros podrían incluir no solo los de los acreedores hipotecarios concurrentes sino también a los de los cesionarios o compradores del inmueble o del bien inmaterial conexo y, de hecho, también a cualquier clase de derecho de un tercero que, en virtud del régimen registral, deba inscribirse.*

Además, se hace referencia a un derecho "inscrito en el registro inmobiliario", y no a un derecho "que adquirió eficacia frente a terceros mediante inscripción registral", puesto que: i) algunos registros inmobiliarios no distinguen entre la eficacia entre las partes y la eficacia frente a terceros, y ii) los registros inmobiliarios no requieren necesariamente inscripción para la eficacia general frente a terceros sino únicamente para la eficacia frente a los terceros cuyos derechos puedan inscribirse también en el registro inmobiliario (por ejemplo, la inscripción puede no ser necesaria para la eficacia frente a un administrador de la insolvencia o a un acreedor judicial.]

Ley aplicable a los derechos y obligaciones del otorgante y del acreedor garantizado

146. El régimen debería disponer que los derechos y obligaciones recíprocos del otorgante y del acreedor garantizado con respecto a la garantía real derivados del acuerdo de garantía o establecidos por la ley se rijan por la ley que hayan elegido y, si no hubieran elegido la ley aplicable, por la ley que regule el acuerdo de garantía.

Ley aplicable a los derechos y obligaciones del deudor de una cuenta y del cesionario, de la parte obligada en virtud de un título negociable o del emisor de un documento negociable y del acreedor garantizado

147. El régimen debería disponer que todo Estado cuya legislación regule los créditos por cobrar, los títulos negociables transferidos o los documentos negociables transferidos debería reglamentar por ley:

a) La relación entre el deudor de una cuenta y el cesionario del crédito por cobrar, entre la parte obligada en virtud de un título negociable y el acreedor que tenga una garantía real sobre dicho título, o entre el emisor de un documento negociable y el acreedor que tenga una garantía real sobre dicho documento;

b) Las condiciones en que la cesión de un crédito por cobrar, la transferencia de un título negociable o la transferencia de un documento negociable pueden invocarse frente al deudor de una cuenta, frente a la parte obligada respecto de un título negociable o frente al emisor de un documento negociable; y

c) La determinación de si las obligaciones del deudor de una cuenta, de la parte obligada respecto de un título negociable o del emisor de un documento negociable se han cumplido.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que: i) la recomendación 148 se aplica a la ejecución de una garantía real sobre un crédito por cobrar (A/CN.9/WG.VI/WP.24); y ii) las recomendaciones relativas a las repercusiones de la insolvencia sobre el derecho aplicable, así como las otras recomendaciones generales del capítulo sobre el conflicto de leyes (A/CN.9/WG.VI/WP.24), se aplican a las garantías reales sobre créditos por cobrar.*]

A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.1

Garantías reales sobre los derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria: definiciones y recomendaciones

ADICIÓN

ÍNDICE

Garantías reales sobre los derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria . . . . . .

I. Definiciones. . . . . .

II. Recomendaciones . . . . . .

Garantías reales sobre los derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria

I. Definiciones (A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1, párr. 21 o), cc) y hh))

o) Por "crédito por cobrar" se entenderá todo derecho al cumplimiento de una obligación monetaria, excluidos, sin embargo, los respaldados por un título negociable, la obligación de efectuar un pago en virtud de una promesa independiente y la obligación de un banco de abonar los fondos acreditados en una cuenta bancaria.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que el bien gravado se describe como "todo derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria", no como la cuenta bancaria en sí. Por consiguiente, el concepto de "cuenta bancaria" podría definirse en el comentario. En él se describirán también las instituciones comprendidas por el término "banco". A este respecto, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si ese término debiera denotar todas las instituciones que han obtenido una licencia bancaria conforme al derecho del Estado promulgante, lo que podría incluir las instituciones de pago, los sistemas de pago, compensación y liquidación por saldos netos por los que se administran cuentas de caja y los bancos centrales. El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que el comentario relativo a una versión anterior de las recomendaciones sobre cuentas bancarias figura en los documentos A/CN.9/WG.VI/ WP.18 y Add.1.*]

[cc) Por "cuenta bancaria" se entenderá toda cuenta que obre en un banco y en la cual se puedan depositar fondos. La expresión abarca las cuentas corrientes, las cuentas de ahorro y los depósitos a plazo fijo.]

Definición de "control" (véase A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.3, nota para el Grupo de Trabajo a continuación de la recomendación 43)

hh) Un acreedor garantizado gozará de "control" respecto de los fondos acreditados en una cuenta bancaria: i) automáticamente al crearse la garantía real en que el banco depositario sea el acreedor garantizado; ii) cuando el banco depositario haya concertado un acuerdo de control con el otorgante y el acreedor garantizado en virtud del cual el banco depositario haya accedido a seguir las instrucciones del acreedor garantizado con respecto al derecho al pago de los fondos acreditados en la cuenta bancaria sin contar con el consentimiento del otorgante; o iii) cuando el derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria se transfiera al acreedor garantizado.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará: i) que un banco depositario no está obligado a concertar un acuerdo de control; ii) que los derechos de un acreedor garantizado estarán sujetos a los derechos y obligaciones que tenga el banco depositario en virtud de la legislación y de las prácticas que rijan las cuentas bancarias; iii) que un acuerdo de control requiere el consentimiento del otorgante (así como el del banco depositario) y que el otorgante conserva el derecho de operar con los fondos de la cuenta bancaria hasta que el acreedor garantizado ordene al banco depositario que proceda de alguna otra forma (aunque en algunos acuerdos de control se prevé el bloqueo de fondos a partir de su concertación).*]

II. Recomendaciones

Ámbito de aplicación

Partes, garantías reales, obligaciones garantizadas y bienes que podrían entrar en el ámbito de aplicación del proyecto de guía legislativa (A/CN.9/WG.VI/WP.21, recomendación 3 d))

3. En particular, el régimen debería disponer que será aplicable a:

d) Todo tipo de bienes muebles y bienes inmuebles por destino, corporales o inmateriales, actuales o futuros, que no se hayan excluido expresamente del ámbito de aplicación del régimen, incluidas las existencias, los bienes de equipo y otros bienes, los créditos por cobrar, los títulos negociables (como cheques, letras de cambio y pagarés), los documentos negociables (como conocimientos de embarque), los derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, los derechos de cobro del producto de una promesa independiente y los derechos de propiedad intelectual;

Constitución de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria (véase A/CN.9/WG.VI/WP.21, recomendación 26)

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que, conforme a la recomendación 8 (véase A/CN.9/WG.VI/WP.21), una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria podrá constituirse mediante un acuerdo entre el otorgante y el acreedor garantizado.*]

26. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria será eficaz entre el acreedor garantizado y el otorgante pese a todo acuerdo entre el otorgante y el banco depositario por el que se limite de algún modo el derecho del otorgante a constituir una garantía real sobre su derecho al pago de los fondos acreditados en la cuenta bancaria. No obstante, el banco depositario no tendrá la obligación de reconocer al acreedor garantizado ni se impondrán por lo demás a dicho banco obligaciones con respecto a la garantía real sin el consentimiento del mismo.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario sobre la recomendación 3 a) (véase A/CN.9/WG.VI/WP.21) se aclarará que los Estados promulgantes tal vez deseen tomar en consideración el efecto que las recomendaciones de la presente Guía podrían tener en sus respectivas legislaciones sobre protección del consumidor.*]

Derechos y obligaciones del banco depositario (véase A/CN.9/WG.VI/WP.24/ Add.3, nota para el Grupo de Trabajo a continuación de la recomendación 43)

X. El régimen debería disponer que:

a) La constitución de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria no afecta a los derechos y obligaciones del banco depositario sin que este lo consienta; y

b) Los derechos de compensación del banco depositario [no se verán afectados por] [serán distintos de] toda garantía real que pueda tener dicho banco sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que las recomendaciones X e Y se complementan con las recomendaciones 76 y 77 (en la medida en que haya un conflicto de prelación entre una garantía real o un derecho de compensación del banco depositario y una garantía real de otra persona) y con las 106* bis*, 107 y 108 (ejecución frente al banco depositario).*

En el comentario se explicará asimismo que la recomendación X b) no se refiere a un conflicto de prelación sino a la situación en que el propio banco depositario goce a la vez de un derecho de compensación y de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria. En la recomendación X b) se establece que en esa situación los derechos de compensación del banco no se verán menoscabados ni subsumidos (es decir, tendrán una entidad diferenciada) de la garantía real del banco.]

Y. El régimen debería disponer que nada de lo enunciado en las presentes recomendaciones obligará a un banco depositario:

a) A pagar a una persona que no sea la persona que controle los fondos acreditados en una cuenta bancaria; ni

b) A atender solicitudes de información sobre si existe un acuerdo de control o una garantía real a favor suyo y sobre si el otorgante mantenía el derecho a disponer de los fondos acreditados en la cuenta.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que lo enunciado en la recomendación Y no afecta a la relación entre el banco y el cliente ni a los derechos y obligaciones emanados de la legislación que rige la administración de cuentas bancarias (por ejemplo, la concerniente al blanqueo de dinero y el secreto bancario).*]

Eficacia frente a terceros de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria (véase A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.3, recomendaciones 42 y 43)

43. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria es eficaz frente a terceros también si el acreedor garantizado obtiene el control de los fondos acreditados en la cuenta bancaria.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que, conforme a la recomendación 35 (véase A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.3), una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria puede también adquirir eficacia frente a terceros mediante la inscripción de una notificación de su constitución en el registro general de garantías reales.*]

Prelación de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria (véase A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.4, recomendaciones 76 a 78)

76. El régimen debería disponer que toda garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, que se haya hecho eficaz frente a terceros mediante control, gozará de prelación sobre una garantía real sobre un derecho al pago de los fondos que se haya hecho eficaz frente a terceros mediante cualquier otro método. Si el acreedor garantizado es el banco depositario, la garantía real de dicho banco tendrá prelación sobre cualquier otra garantía real (incluida la que se haya hecho eficaz frente a terceros mediante un acuerdo de control con el banco depositario, aun cuando esa garantía del banco depositario se haya constituido posteriormente).

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que una garantía real del banco depositario primará siempre, incluso sobre una garantía real con respecto a la cual el banco haya concertado con anterioridad un acuerdo de control porque: i) una garantía real del banco depositario debe tener la misma prelación que su derecho de compensación, que siempre gozará de primacía; ii) si la garantía real del banco depositario no tuviera prelación, el banco no concertaría acuerdo de control alguno; iii) un acreedor garantizado siempre podría tratar de obtener del banco depositario un acuerdo de subordinación.*]

77. El régimen debería disponer que todo derecho del banco depositario a compensar, mediante el derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, las obligaciones adeudadas a dicho banco por el otorgante tendrá prelación sobre la garantía real de cualquier acreedor garantizado, salvo si es un acreedor garantizado que haya adquirido el control de los fondos acreditados en la cuenta bancaria al convertirse en cesionario del derecho al pago de los fondos.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que esas recomendaciones sobre prelación significan que se supone que los terceros saben que no pueden contar con un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria como fuente primordial de garantía para la concesión de créditos, y que solo pueden hacerlo obteniendo un acuerdo de subordinación del banco depositario o registrando la cuenta en su propio nombre. Por consiguiente, la ausencia de publicidad de la garantía real no parece ser problemática.*

En el comentario se explicará asimismo que, a diferencia de la recomendación X b), la recomendación 77 trata de los conflictos de prelación entre los derechos de compensación del banco depositario y las garantías reales de otras personas. Además, se explicará que lo enunciado en la recomendación 77 no da lugar al nacimiento de derecho de compensación alguno, cuestión que sigue rigiéndose por otras reglas de derecho.]

78. En el caso de una transferencia del derecho al pago de fondos de una cuenta bancaria iniciada por el otorgante, el régimen debería disponer que el beneficiario de la transferencia del derecho al pago de los fondos no estará sujeto al gravamen de la garantía real sobre el derecho al pago de los fondos acreditados en la cuenta bancaria, a menos que dicho cesionario actúe en colusión con el otorgante para privar al acreedor garantizado de su garantía real sobre el derecho al pago de los fondos. Esta recomendación no merma los derechos de los cesionarios de los derechos al pago de fondos de las cuentas bancarias que se rijan por reglas de derecho distintas del presente régimen.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que las recomendaciones generales en materia de prelación se aplican a las garantías reales sobre derechos al pago de fondos acreditados en las cuentas bancarias sujetas a las recomendaciones 76 a 78.*]

Ejecución de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria (véase A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.1, recomendaciones 106 *bis*, 107 y 108)

106 *bis*. En el régimen debería preverse que, después o antes de incurrirse en incumplimiento con el consentimiento del otorgante, el acreedor garantizado que disponga de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, a reserva de lo dispuesto en las recomendaciones X e Y, podrá cobrar o hacer valer de algún otro modo su derecho al cobro de los fondos.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que con la remisión a las recomendaciones X e Y se pretende complementar las recomendaciones 76 y 77.*]

107. En el régimen debería preverse que, después o antes de incurrir en incumplimiento con el consentimiento del otorgante, el acreedor garantizado que tenga el control de los fondos acreditados en una cuenta bancaria tendrá el derecho a ejecutar su garantía real sin tener que recurrir a un tribunal ni a ninguna otra autoridad.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que, a diferencia de un acreedor garantizado que tiene que cobrar los fondos para aplicarlos al pago de las obligaciones garantizadas conforme a la recomendación 116 (véase A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.1), un banco depositario podrá, como acreedor garantizado, aplicar los fondos directamente al pago de las obligaciones garantizadas. En el comentario se explicará también que la ejecución de los derechos de compensación del banco se regulan por otro régimen.*]

108. El régimen debería disponer que el acreedor garantizado que no tenga el control de los fondos acreditados en una cuenta bancaria solo podrá cobrar o ejecutar de algún otro modo la garantía real frente al banco depositario en virtud de un mandamiento judicial, a menos que el banco depositario convenga en proceder de otro modo.

Ley aplicable a una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria (A/CN.9/WG.VI/WP.24, recomendación 139)

139. Salvo que en la recomendación 140 se disponga otra cosa, el régimen debería disponer que la constitución de toda garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, su eficacia frente a terceros, su grado de prelación sobre los derechos de otras partes reclamantes, los derechos y obligaciones del banco depositario con respecto a la garantía real y la ejecución de ésta se rijan por

Variante A

la ley del Estado expresamente designado en el acuerdo sobre la cuenta para regularlo o, si en él se estipulara expresamente la aplicabilidad de otra ley a todas esas cuestiones, por esa otra ley. No obstante, la ley invocada en la presente recomendación únicamente será aplicable si el banco depositario, en el momento de concertar el acuerdo sobre la cuenta, posee en ese Estado una oficina normalmente encargada de administrar cuentas bancarias. El régimen debería asimismo especificar que, de no ser determinada la ley aplicable conforme a las dos frases anteriores, la ley aplicable ha de determinarse en virtud de las reglas supletorias basadas en el artículo 5 del Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en poder de un intermediario.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: La variante A condensa el enfoque seguido en los artículos 4.1 y 5 del Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en poder de un intermediario (en adelante, "el Convenio de La Haya sobre los Valores"). En el comentario se incorporarán las reglas supletorias detalladas del Convenio de La Haya, que serán explicadas adecuadamente.*]

Variante B

la ley del Estado en que el banco que administre la cuenta bancaria tenga su establecimiento. En caso de que haya más de un establecimiento, se hará referencia al lugar en que se encuentra la filial que administre la cuenta.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee abordar la cuestión de si en la variante B deben preverse métodos para determinar la filial que administra la cuenta.*

El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota también de que en el comentario se explicará que las recomendaciones sobre el efecto del procedimiento de insolvencia en la ley aplicable, así como las demás recomendaciones generales formuladas en el capítulo sobre el conflicto de leyes (A/CN.9/WG.VI/WP.24), se aplican a las garantías reales sobre derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria.]

A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.2

Garantías reales sobre títulos negociables: definiciones y recomendaciones

ADICIÓN

ÍNDICE

Garantías reales sobre títulos negociables. . . . . .

I. Definiciones. . . . . .

II. Recomendaciones . . . . . .

Garantías reales sobre títulos negociables

I. Definiciones (A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1, párr. 21 i), o) y w))

i) Por "bienes corporales" se entenderá todo tipo de bienes muebles físicos. Entrarán en esta categoría las existencias, los bienes de equipo, los bienes incorporados, los títulos negociables y los documentos negociables.

o) Por "crédito por cobrar" se entenderá todo derecho al cumplimiento de una obligación monetaria, excluidos, sin embargo, los respaldados por un título negociable, la obligación de efectuar un pago en virtud de una promesa independiente y la obligación de un banco de pagar fondos acreditados en una cuenta bancaria.

w) Por "título negociable" se entenderá todo título en el que se consigne un derecho de pago, por ejemplo, un cheque, un pagaré o una letra de cambio, que cumpla los requisitos de negociabilidad en virtud del régimen de los títulos negociables.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se aclarará que la expresión "régimen de los títulos negociables", o "régimen de los documentos negociables" o una expresión similar abarca toda la legislación aplicable a los títulos negociables o a los documentos negociables, incluida no solo la que regula los títulos negociables o los documentos negociables propiamente dichos, sino también la normativa de depósito de bienes, el derecho de contratos y otras reglas de derecho que podrían aplicarse. Estas podrían abarcar en particular leyes especializadas relativas a los sujetos pasivos de obligaciones o a los títulos negociables o a los emisores de documentos negociables o a categorías particulares de bienes que podrían estar englobados por un documento negociable. En todo el proyecto de guía, el término "régimen" abarca el derecho legislado y el de fuentes de otra índole.*]

II. Recomendaciones

Partes, garantías reales, obligaciones garantizadas y bienes que podrían entrar en el ámbito de aplicación del proyecto de guía legislativa (véase A/CN.9/WG.VI/WP.21, recomendaciones 3 d) y 16)

3. En particular, el régimen debería disponer que será aplicable a:

d) Todo tipo de bienes muebles y bienes inmuebles por destino, corporales o inmateriales, actuales o futuros, que no se hayan excluido expresamente del ámbito de aplicación del régimen, incluidas las existencias, los bienes de equipo y otros bienes, los créditos por cobrar, los títulos negociables (como cheques, letras de cambio y pagarés), los documentos negociables (como conocimientos de embarque), los derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, los derechos de cobro del producto de una promesa independiente y los derechos de propiedad intelectual;

[*Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26, recomendación 16 y nota para el Grupo de Trabajo.*]

Constitución de una garantía real sobre un título negociable

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que, conforme a la recomendación 8 (véase A/CN.9/WG.VI/WP.21), una garantía real sobre un título negociable podrá constituirse por un acuerdo entre el otorgante y el acreedor garantizado que figure por escrito y posiblemente esté firmado o incluso por un acuerdo verbal que vaya acompañado de una entrega de posesión del título al acreedor garantizado. En el comentario se explicará asimismo que lo enunciado en la presente recomendación no afectará a la constitución de una garantía real ni a la transferencia de un título negociable por endoso efectuadas en virtud del régimen de los títulos negociables.*]

Constitución de una garantía real sobre un derecho que respalda un título negociable (véase A/CN.9/WG.VI/WP.21, recomendación 24)

24. El régimen debería disponer que, si se ha constituido eficazmente una garantía real sobre un título negociable, el acreedor garantizado tendrá también un derecho de garantía sobre los derechos accesorios vinculados al título negociable sin necesidad de un nuevo acto de transferencia. Esos derechos accesorios pueden incluir:

a) Los derechos frente a los garantes u otras cauciones con respecto al título negociable; y

b) Las garantías reales que respalden la obligación del obligado frente al título negociable.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en virtud de la recomendación 24, si A recibe una nota de B garantizada por C y luego otorga una garantía real sobre la nota a D, D obtiene asimismo una garantía real sobre el título garantizado. Habida cuenta de que la cuestión se trata en la recomendación 16, el Grupo de Trabajo tal vez considere conveniente suprimir la recomendación 24 y trasladar los ejemplos al comentario.*]

Derechos y obligaciones del obligado dimanantes de un título negociable

[*Nota al Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse la posibilidad de incluir aquí un texto como el que se transcribe a continuación, que trate de los derechos y obligaciones del obligado dimanantes de un título negociable:*

"El régimen debería prever que entre el acreedor garantizado y i) la persona obligada por el título negociable o ii) terceros que invoquen derechos en virtud del régimen de los títulos negociables, las obligaciones y derechos de esas personas se regirán por la legislación en materia de títulos negociables." *Este texto se ha extraído de la recomendación 104 (véase recomendación 104* infra*).*]

Eficacia frente a terceros de una garantía real sobre bienes comprendidos en un título negociable (véase A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.3)

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que, de conformidad con lo enunciado en la recomendación 35 acerca de la eficacia general frente a terceros, una garantía real sobre un título negociable podrá hacerse eficaz frente a terceros mediante la inscripción de una notificación de la constitución de la garantía real en el registro general de garantías reales o privando al otorgante de la posesión de los bienes gravados.*

El Grupo de Trabajo tal vez desee agregar también una recomendación del siguiente tenor:

"El régimen debería disponer que cuando una garantía real sobre un título negociable sea eficaz frente a terceros, lo seguirá siendo durante un breve período de [se especificará] días después de que se haya renunciado al título negociable en beneficio del otorgante a efectos de su presentación, cobro, ejecución o renovación".]

Prelación de una garantía real sobre un título negociable (véase A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.4, recomendación 74)

74. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un título negociable que se haya hecho eficaz frente a terceros privando al otorgante de la posesión del título prevalecerá sobre una garantía real sobre un título negociable que haya adquirido eficacia frente a terceros por algún otro método. El régimen debería disponer asimismo que una garantía real sobre un título negociable que se haya hecho valer frente a terceros por un método distinto de la desposesión del otorgante estará subordinada a los derechos de un comprador, de otro acreedor garantizado o de otro cesionario en una operación de consenso que o bien:

a) Cumpla los requisitos de un tenedor protegido en virtud del régimen que rige los títulos negociables; o

b) Tome posesión del título negociable y dé valor de buena fe y sin conocimiento de que la transferencia se ha efectuado en violación de los derechos del tenedor de la garantía real.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que las recomendaciones generales en materia de prelación se aplican al orden de prelación de las garantías reales sobre títulos negociables, en tanto que la recomendación 74 trata de otros conflictos de prelación.*]

Ejecución de una garantía real sobre un título negociable (A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.1, recomendaciones 104 y 105)

104. En el régimen debería preverse que, después o antes de incurrirse en incumplimiento con el acuerdo de la persona que se halle obligada por el título negociable, el acreedor garantizado tendrá derecho a cobrar o a hacer valer de algún otro modo un título negociable que sea un bien gravado frente a una persona que se halle obligada por ese título.

[*Nota al Grupo de Trabajo: En el comentario se explicará que entre el acreedor garantizado y i) la persona obligada por el título negociable o ii) terceros que invoquen derechos en virtud del régimen de los títulos negociables, las obligaciones y derechos de esas personas se regirán por la legislación en materia de títulos negociables. En el comentario se darán los siguientes ejemplos al respecto:*

a) La persona sujeta al título negociable solo podrá quedar obligada a pagar al titular o a un tercero con derecho a hacer valer el título conforme a la ley que rija los títulos negociables; y

b) El derecho de la persona obligada por el título a oponer excepciones a dicha obligación estará determinado por la legislación que rija los títulos negociables.]

105. El régimen debería disponer que el derecho del acreedor garantizado a cobrar o a hacer valer de algún otro modo un título negociable incluye el derecho a cobrar o a hacer ejecutar de algún otro modo cualquier derecho personal o real que respalde el pago del título negociable (como, por ejemplo, una garantía o un derecho de garantía).

Ley aplicable a las garantías reales sobre bienes corporales (A/CN.9/WG.VI/WP.24, recomendación 136)

136. El régimen debería disponer que, salvo si en las recomendaciones 140 y 142 se dispone otra cosa, la constitución de toda garantía real sobre bienes corporales, su eficacia frente a terceros y su prelación sobre los derechos de otras partes reclamantes se regirán por las leyes del Estado en que esté situado el bien gravado. No obstante, cuando se trate de garantías sobre bienes corporales que suelen utilizarse en más de un Estado, el régimen debería disponer que esas cuestiones se rijan por las leyes del Estado en que esté situado el otorgante. [Con respecto a las garantías reales sobre el tipo de bienes corporales mencionados en la frase anterior que están sujetos a un sistema de inscripción de titularidad, el régimen debería disponer que esas cuestiones se rijan por la ley del Estado bajo cuya jurisdicción se lleve el registro.]

[*Nota para el Grupo de Trabajo: En el comentario se explicará que la frase "bienes corporales que suelen utilizarse en más de un Estado" se refiere a bienes móviles, como los vehículos automotores.*]

Ley aplicable a la eficacia de las garantías reales frente a terceros en determinados tipos de bienes con inscripción registral (A/CN.9/WG.VI/WP.24, recomendación 140)

140. Si el Estado en que está situado el otorgante reconoce la inscripción registral como método para que las garantías reales sobre títulos negociables, documentos negociables y derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria surtan efecto frente a terceros, la ley de ese Estado determinará si, mediante la inscripción registral efectuada conforme a la legislación de ese Estado, la garantía real sobre esos bienes gravados es eficaz frente a terceros.

Ley aplicable a los derechos y obligaciones del otorgante y del acreedor garantizado (A/CN.9/WG.VI/WP.24, recomendación 146)

146. El régimen debería disponer que los derechos y obligaciones recíprocos del otorgante y del acreedor garantizado con respecto a la garantía real derivados del acuerdo de garantía o establecidos por la ley se rijan por la ley que hayan elegido y, si no hubieran elegido la ley aplicable, por la ley que regule el acuerdo de garantía.

Ley aplicable a los derechos y obligaciones del deudor de una cuenta y del cesionario, del sujeto pasivo de una obligación en virtud de un título negociable o del emisor de un documento negociable y del acreedor garantizado (A/CN.9/WG.VI/WP.24, recomendación 147)

147. El régimen debería disponer que todo Estado cuya legislación regule los créditos por cobrar o los títulos negociables o los documentos negociables sobre los que se haya constituido una garantía real debería reglamentar por ley:

a) La relación entre un deudor de una cuenta y un cesionario del crédito por cobrar, entre un sujeto pasivo de una obligación en virtud de un título negociable y un acreedor con una garantía real sobre ese título o entre un emisor de un documento negociable y un acreedor con una garantía real sobre ese documento;

b) Las condiciones en que la cesión del crédito por cobrar, la transferencia del título negociable o la transferencia del documento negociable pueden invocarse frente al deudor de una cuenta, al sujeto pasivo de una obligación relativa a un título negociable o al emisor de un documento negociable; y

c) La determinación de si las obligaciones del deudor de una cuenta, del sujeto pasivo de una obligación relacionada con un título negociable o del emisor de un documento negociable se han cumplido.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que la inclusión en el ámbito de aplicación de la Guía de las transferencias puras y simples de títulos negociables se trata en la nota para el Grupo de Trabajo que figura después de la recomendación 3 f), en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.26. El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota también de que en el comentario se explicará que: i) la recomendación 148 se aplica a la ejecución de una garantía real sobre un título negociable (A/CN.9/WG.VI/WP.24); y ii) las recomendaciones*

sobre el efecto del procedimiento de insolvencia en la ley aplicable, así como las demás recomendaciones generales formuladas en el capítulo sobre el conflicto de leyes (A/CN.9/WG.VI/WP.24), se aplican a las garantías reales sobre títulos negociables.]

A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.3

Garantías reales sobre documentos negociables: definiciones y recomendaciones

ADICIÓN

ÍNDICE

Garantías reales sobre documentos negociables . . . . . .

I. Definiciones. . . . . .

II. Recomendaciones . . . . . .

Garantías reales sobre documentos negociables

I. Definiciones (A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1, párr. 21 i) y x))

i) Por "bienes corporales" se entenderá todo tipo de bienes muebles físicos. Entrarán en esta categoría las existencias, los bienes de equipo, los bienes incorporados, los títulos negociables y los documentos negociables.

x) Por "documento negociable" se entenderá todo documento en el que se consigne un derecho a la entrega de bienes corporales, por ejemplo, un resguardo de almacén o un conocimiento de embarque, que cumpla los requisitos de negociabilidad en virtud del régimen de los documentos negociables.

pp) Por "posesión" se entiende la posesión efectiva de bienes corporales por el acreedor garantizado o un agente, empleado o un tercero independiente que la tenga en nombre del acreedor garantizado, o una persona independiente que reconozca que la tiene en nombre del acreedor garantizado. El término no abarca la posesión deducible, ficticia o simbólica.

II. Recomendaciones

Partes, garantías reales, obligaciones garantizadas y bienes que podrían entrar en el ámbito de aplicación del proyecto de guía legislativa (A/CN.9/WG.VI/WP.21, recomendación 3 d))

3. En particular, el régimen debería disponer que será aplicable a:

d) Todo tipo de bienes muebles y bienes inmuebles por destino, corporales o inmateriales, actuales y futuros, que no se hayan excluido expresamente del ámbito de aplicación del régimen, incluidas las existencias, los bienes de equipo y otros bienes, los créditos por cobrar, los títulos negociables (como cheques, letras de cambio y pagarés), los documentos negociables (como conocimientos de embarque), los derechos de pago de fondos depositados en cuentas bancarias, el producto del cobro de una promesa independiente y los derechos de propiedad intelectual.

Constitución de una garantía real sobre un documento negociable (véase A/CN.9/WG.VI/WP.21, recomendación 28)

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que, con arreglo a la recomendación 8 (véase A/CN.9/WG.VI/WP.21), una garantía real sobre un documento negociable puede constituirse por acuerdo escrito y posiblemente firmado entre el otorgante y el acreedor garantizado, o incluso por acuerdo verbal y mediante la entrega de la posesión del documento al acreedor garantizado. El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse si la presente norma debería enunciarse expresamente en una recomendación.*]

28. El régimen debería disponer que la constitución de una garantía real sobre un documento negociable también da origen a una garantía real sobre los bienes que representa dicho documento, siempre que el emisor esté en posesión de dichos bienes en el momento en que se constituya la garantía real sobre el documento.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se aclarará que la recomendación 28 tiene la finalidad de negar que deba constituirse una garantía real diferenciada sobre los bienes.*]

Derechos y obligaciones del emisor de un documento negociable

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse si, para regular los derechos y obligaciones del emisor de un documento negociable, cabría insertar en esta sección un texto del siguientes tenor:*

"El régimen debería disponer que, en la relación entre el acreedor garantizado y el emisor o cualquier otra persona obligada por el documento negociable, los derechos y obligaciones de esas personas se regirán por la ley que regule los documentos negociables." Este texto se extrajo de la recomendación 109 (véase la recomendación 109, infra*).*]

Eficacia frente a terceros de una garantía real sobre un documento negociable (véase A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.3, recomendación 39)

44. El régimen debería disponer que, si una garantía real constituida sobre un documento negociable es eficaz frente a terceros, la correspondiente garantía sobre los bienes representados por el documento también surtirá efecto frente a terceros. El régimen debería prever también que, mientras un documento negociable represente bienes, una garantía real sobre los bienes puede ser eficaz frente a terceros [únicamente] mediante la privación de posesión del otorgante con respecto al documento [o con respecto a los bienes].

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee recordar que el texto entre corchetes refleja las diferencias de opinión entre sus miembros respecto de si permitir métodos optativos para lograr que una garantía real sobre bienes representados por un documento negociable sea eficaz frente a terceros mina la negociabilidad del documento, o si la cuestión puede regularse otorgando prelación a una garantía real sobre bienes que surta efecto frente a terceros mediante la privación de la posesión del otorgante con respecto al documento (véase A/CN.9/593, párr. 21); véase también A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.3, recomendación 80.*]

[44 *bis*. El régimen debería prever que una garantía real sobre un documento negociable que surta efecto frente a terceros seguirá siendo eficaz frente a terceros por un período breve de [por determinar] días transcurridos desde el momento en que el documento negociable se haya entregado al otorgante para la venta definitiva de los bienes representados por ese documento negociable, su carga o descarga, o para disponer de ellos de otra manera.]

Prelación de garantías reales sobre documentos negociables (A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.4, recomendaciones 80 y 81)

80. El régimen debería disponer que, aunque los bienes estén en posesión del emisor de un documento negociable respecto de ellos, toda garantía real sobre dichos bienes que haya adquirido eficacia frente a terceros al adquirir esa eficacia la garantía real sobre el documento negociable gozará de prelación respecto de toda otra garantía real sobre los bienes que se haya hecho eficaz frente a terceros por un método diferente, mientras los bienes estaban abarcados por el documento de titularidad.

81. El régimen debería prever que una garantía real sobre el documento negociable y sobre los bienes que este abarque estará sujeta a los derechos que prevea el régimen que rija los documentos negociables de una persona con la que se haya negociado debidamente el documento negociable.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se aclarará que las recomendaciones generales sobre prelación se aplican a las garantías reales sobre documentos negociables, mientras que las recomendaciones 80 y 81 se refieren a otros conflictos de prelación.*]

Ejecución de una garantía real sobre un documento negociable (A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.1, recomendación 109)

109. En el régimen debería preverse que al producirse un incumplimiento, o antes de él y con el consentimiento del emisor del documento negociable, el acreedor garantizado tendrá derecho a hacer valer un documento negociable frente al emisor o frente a cualquier otra persona obligada por dicho documento negociable. Sin embargo, en la relación entre el acreedor garantizado y el emisor o cualquier otra persona obligada por el documento negociable, los derechos y obligaciones de esas personas se regirán por la ley que regule los documentos negociables.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se citará el ejemplo de que el emisor podrá verse obligado a entregar los bienes únicamente al titular del documento negociable que se refiera a ellos. Además, en el comentario se explicará que en este aspecto se aplican también las recomendaciones generales sobre la ejecución de las garantías reales, mientras que la recomendación 109 se refiere a una cuestión especial.*]

Régimen aplicable a las garantías reales sobre bienes corporales (A/CN.9/WG.VI/WP.24, recomendación 136)

136. El régimen debería disponer que, salvo si en las recomendaciones 140 y 142 se dispone otra cosa, la constitución de toda garantía real sobre bienes corporales, su eficacia frente a terceros y su prelación sobre los derechos de otras partes reclamantes se regirán por las leyes del Estado en que esté situado el bien gravado.

No obstante, cuando se trate de garantías sobre bienes corporales que suelen utilizarse en más de un Estado, el régimen debería disponer que esas cuestiones se rijan por las leyes del Estado en que esté situado el otorgante. [Con respecto a las garantías reales sobre el tipo de bienes corporales mencionados en la frase anterior que están sujetos a un sistema de inscripción de titularidad, el régimen debería disponer que esas cuestiones se rijan por la ley del Estado bajo cuya jurisdicción se mantenga el registro.]

[*Nota para el Grupo de Trabajo: en el comentario se explicará que por "garantías sobre bienes corporales que suelen utilizarse en más de un Estado" se entenderán los bienes móviles como los vehículos automotores.*]

Ley aplicable a la eficacia de las garantías reales frente a terceros en determinados tipos de bienes con inscripción registral (A/CN.9/WG.VI/WP.24, recomendación 140)

140. Si el Estado en que está situado el otorgante reconoce la inscripción registral como método para que las garantías reales sobre títulos negociables, documentos negociables y derechos de pago de fondos depositados en cuentas bancarias adquieran eficacia frente a terceros, la ley de ese Estado determinará si, mediante la inscripción registral efectuada conforme a la legislación de ese Estado, la garantía real sobre esos bienes gravados es eficaz frente a terceros.

Ley aplicable a los derechos y obligaciones del otorgante y del acreedor garantizado (A/CN.9/WG.VI/WP.24, recomendación 146)

146. El régimen debería disponer que los derechos y obligaciones recíprocos del otorgante y del acreedor garantizado con respecto a la garantía real derivados del acuerdo de garantía o establecidos por la ley se rijan por la ley que hayan elegido y, si no hubieran elegido la ley aplicable, por la ley que regule el acuerdo de garantía.

Ley aplicable a los derechos y obligaciones del deudor de una cuenta y del cesionario, del sujeto pasivo de una obligación en virtud de un título negociable o del emisor de un documento negociable y del acreedor garantizado (A/CN.9/WG.VI/WP.24, recomendación 147)

147. El régimen debería disponer que todo Estado cuya legislación regule los créditos por cobrar, los títulos negociables o los documentos negociables respecto de los cuales se ha constituido una garantía real debería reglamentar por ley:

a) La relación entre el deudor de una cuenta y el cesionario del crédito por cobrar, entre el sujeto pasivo de una obligación en virtud de un título negociable y el acreedor que goce de una garantía real sobre dicho título, o entre el emisor de un documento negociable y el acreedor que goce de una garantía real sobre dicho documento;

b) Las condiciones en que la cesión de un crédito por cobrar, la transferencia de un título negociable o la transferencia de un documento negociable pueden invocarse frente al deudor de una cuenta, frente al sujeto pasivo de una obligación relativa a un título negociable o frente al emisor de un documento negociable;

c) La determinación de si se han cumplido las obligaciones del deudor de una cuenta, del sujeto pasivo de una obligación relacionada con el título negociable o del emisor de un documento negociable.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que: i) la recomendación 148 se aplica a la ejecución de una garantía real sobre un documento negociable (A/CN.9/WG.VI/WP.24); y ii) las recomendaciones acerca de las repercusiones de la insolvencia en el derecho aplicable, así como las demás recomendaciones generales del capítulo relativo a los conflictos de leyes (A/CN.9/WG.VI/WP.24), se aplican a las garantías reales sobre documentos negociables.*]

A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4

Garantías reales sobre el producto reportado por el bien gravado, así como sobre accesorios fijos, masas de bienes o productos acabados que resulten de dicho bien: definiciones y recomendaciones

ADICIÓN

ÍNDICE

I. Garantías reales sobre el producto del bien gravado . . . . . .
A. Definiciones . . . . . .
B. Recomendaciones . . . . . .
II. Garantías reales sobre accesorios fijos . . . . . .
A. Definiciones . . . . . .
B. Recomendaciones . . . . . .
III. Garantías reales sobre masas de bienes o productos acabados . . . . . .
A. Definiciones . . . . . .
B. Recomendaciones . . . . . .

I. Garantías reales sobre el producto del bien gravado

A. Definiciones (A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1, párr. 21, ee))

ee) Por "producto" se entenderá todo lo que se reciba respecto de un bien gravado. [Por ejemplo, cabe entender por producto lo que se recibe a raíz de la venta o de otro acto de disposición del bien gravado, o por concepto de cobro, arriendo, licencia, producto del producto, frutos civiles y naturales, dividendos o algún acto de distribución, así como de resultas del cobro de un seguro o de una indemnización por pérdida, daños o defectos.]

[*Nota para el Grupo de Trabajo: tal vez deba señalarse que ciertos bienes excluidos del alcance del proyecto de guía, como sería el caso de los bienes inicialmente gravados, pueden verse afectados por el proyecto de guía si cabe identificarlos como el producto de bienes a los que sea aplicable el proyecto de guía (por ejemplo, valores bursátiles conceptuables como producto de una cuenta bancaria o como producto de una promesa independiente). Ahora bien, las garantías reales constituidas sobre bienes a los que sea aplicable alguna norma legal excluida del ámbito del proyecto de guía, como sería el caso de los bienes originalmente gravados, no se verían afectadas (véase la Nota de la recomendación 3 d) en A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7). El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que tal vez se haya de retocar la definición de producto o la recomendación 29 si se decide retener la recomendación 30.*]

B. Recomendaciones

Creación de una garantía real sobre un producto (véase A/CN.9/WG.VI/WP.21, recomendaciones 29 y 30)

29. El régimen debería disponer que, salvo estipulación en contrario de las partes, en el acuerdo de la garantía, la garantía real sobre los bienes gravados se hará extensiva al producto siempre que dicho producto sea identificable a la luz de la recomendación 29 *bis*.

29 *bis*. La ley debería disponer que, cuando el producto esté en forma de dinero, créditos por cobrar o derechos al cobro de fondos abonados en una cuenta bancaria y haya sido mezclado con otros bienes de tal forma que dicho producto haya dejado de ser identificable, el [importe] [valor] del producto inmediatamente antes de haber sido mezclado con los demás bienes deberá ser tratado como producto identificable, con tal de que en algún momento posterior a la mezcla del producto con los demás bienes, el [importe] [valor] de los bienes mezclados haya sido superior al [importe] [valor] del producto. Si, en algún momento posterior a la mezcla del producto con los demás bienes el [importe] [valor] de los bienes mezclados fue inferior al [importe] [valor] del producto, deberá tratarse como producto identificable al [importe] [valor] total de los bienes mezclados en el momento en que dicho [importe] [valor] fue inferior, junto con el [importe] [valor] de todo producto que sea ulteriormente mezclado con dichos bienes mezclados.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: tal vez proceda considerar si debe prepararse una recomendación concerniente a la identificación ("rastreo") del producto cuando no se trate de sumas de dinero o bienes similares. Cabe señalar que se explicará en el comentario que todo producto en forma de dinero, créditos por cobrar o derechos al cobro de fondos abonados en una cuenta bancaria se presta a ser mezclado de tal modo con otros bienes que el producto, en cuanto a tal, deje de ser identificable.*]

30. [El régimen debería disponer que, pese a la recomendación 29, la garantía real solo se hará extensiva a los frutos civiles y naturales de los bienes gravados, tales como [...], si las partes así lo estipulan en el acuerdo de garantía.]

[*Nota para el Grupo de Trabajo: La recomendación 30 adopta respecto de los frutos civiles y naturales un enfoque diferente del adoptado en la recomendación 29 respecto de otros tipos de producto. Ahora bien, la noción de "producto", definida en la sección de terminología, incluye dichos frutos civiles y naturales, por lo que cabe prever que la expectativa normal sea la de que la garantía real se haga automáticamente extensiva a los frutos civiles y naturales. Por ello, tal vez proceda suprimir la recomendación 30.*]

Validez frente a terceros de una garantía real sobre el producto (véase A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.3, recomendación 44)

41.

Variante A

El régimen debería disponer que, si una garantía real sobre un bien gravado es oponible frente a terceros, la garantía real sobre todo producto de dicho bien gravado será oponible frente a terceros al nacer dicho producto, siempre que:

a) la garantía real sobre el bien gravado se haya hecho oponible frente a terceros por inscripción de un aviso en el registro general de garantías reales, por inscripción en un registro especializado o por anotación en un certificado de titularidad, y que esa garantía siga siendo, en dicho momento, oponible; o

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Cabe observar que el párrafo a) no sería, por ejemplo, aplicable a una garantía real que se haga oponible frente a terceros por posesión. La regla supletoria enunciada residual en la recomendación 41* bis *sí sería, en cambio, aplicable a dicha garantía.*]

b) El producto esté en forma de dinero, créditos por cobrar, títulos negociables o derechos al cobro de fondos abonados en una cuenta bancaria.

41 *bis*. De no ser aplicable la recomendación 41, la garantía real sobre el producto será oponible frente a terceros durante los [...] días siguientes al nacimiento del producto y seguirá siéndolo, sin interrupción, si se hizo oponible a terceros, con anterioridad a la expiración de dicho plazo, por alguno de los métodos previstos en las recomendaciones 35 o 36.

Variante B

El régimen debería disponer que, si una garantía real sobre un bien gravado es oponible frente a terceros, toda garantía real sobre algún producto del bien gravado será oponible frente a terceros al nacer dicho producto siempre que el producto esté en forma de dinero, créditos por cobrar, títulos negociables o derechos al cobro de fondos abonados en una cuenta bancaria.

41 *bis*. De no ser aplicable la recomendación 41, la garantía real sobre el producto será oponible frente a terceros durante los […] días siguientes al nacimiento del producto y seguirá siéndolo, sin interrupción, si se hizo oponible frente a terceros, con anterioridad a la expiración de dicho plazo, por alguno de los métodos previstos en las recomendaciones 35 o 36.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: dada la diversidad de opiniones en el seno del Grupo de Trabajo sobre si la garantía sobre el producto será automáticamente oponible o si hará falta algún otro acto para hacerla oponible frente a terceros una vez nacido el producto (véase A/CN.9/593, párrs. 26 a 32), la recomendación 41 ofrece dos variantes.*

Con arreglo a la variante A, toda garantía real sobre el producto será automáticamente oponible frente a terceros si la garantía real constituida sobre los bienes inicialmente gravados fue hecha oponible frente a terceros por inscripción o si la garantía recaía sobre dinero o algún bien similar. Si la garantía real fue dotada de validez frente a terceros por posesión, a tenor de lo previsto en la

recomendación 41 bis*, la garantía real sobre el producto será válida frente a terceros por un breve plazo y solo pasará a serlo de modo permanente si media algún otro acto que la haga oponible a terceros.*

En virtud de la variante B, la validez automática de la garantía frente a terceros quedaría limitada a los supuestos en que el producto esté en forma de dinero o similar, mientras que la recomendación 41 bis *sería aplicable en todos los demás supuestos. A resultas de este enfoque, la garantía real sobre el producto seguiría siendo oponible a terceros durante unos cuantos días después de hacer nacido el producto y solo pasaría a serlo de modo permanente si se inscribe en el registro un aviso de la garantía real sobre el producto o si se le priva al otorgante de la posesión del producto. En el comentario se aclarará que los frutos civiles serán tratados como si fueran créditos por cobrar, mientras que los frutos naturales quedarán automáticamente englobados al haber sido definidos como producto.*

A fin de equilibrar el amparo debido tanto a los terceros como al acreedor garantizado, tal vez proceda que el plazo indicado en la recomendación 41 bis *sea igual de breve que el período de gracia previsto en la recomendación concerniente a la validez frente a terceros de las garantías reales para la financiación de compras (es decir de 20 a 30 días, véase A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5, recomendación 127).*]

Prelación de las garantías reales sobre el producto
(véase A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.4, recomendación 66)

67. Con la salvedad de lo dispuesto en las recomendaciones del presente capítulo [y el capítulo sobre mecanismos de financiación de adquisiciones], el régimen debería disponer que una garantía oponible sobre el producto de un bien gravado gozará de igual prelación que la garantía real sobre el propio bien gravado.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: cabe señalar que el texto entre corchetes pudiera resultar necesario si el Grupo de Trabajo decide que la prelación privilegiada de una garantía constituida para financiar una compra no debe ser extensiva al producto del bien originariamente gravado, cuando dicho producto esté en forma de créditos por cobrar (véase A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5, recomendación 133, texto entre corchetes).*]

Realización de una garantía real sobre el producto
(véase A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.2, recomendación 106)

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Cabe señalar que el comentario explicará que serán aplicables a este supuesto las recomendaciones generales en materia de realización de las garantías reales.*]

Ley aplicable a las garantías reales sobre el producto
(véase A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.5, recomendación 136)

136. El régimen debería disponer que:

a) La constitución de una garantía real sobre el producto se regirá por la ley [del Estado cuyo derecho interno sea aplicable a] [que rija] la constitución de la garantía real sobre el bien originariamente gravado del que haya nacido el producto;

b) La validez frente a terceros y la prelación de una garantía real sobre el producto frente a las garantías de otros acreedores concurrentes se regirán por la propia ley [del Estado cuyo derecho interno sea aplicable a] [que rija] la validez frente a terceros y la prelación frente a las garantías de otros acreedores concurrentes de una garantía real constituida sobre bienes gravados originales de igual categoría que el producto.

II. Garantías reales sobre accesorios fijos

A. Definiciones (A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1, párr. 21, l))

l) Por "bienes inmuebles por destino" o "accesorios fijos de un inmueble" se entenderá aquellos bienes corporales que estén de tal modo incorporados a un inmueble como para ser tratados como bienes inmuebles sin haber perdido por tanto su identidad originaria de bienes muebles con arreglo al derecho interno del Estado donde esté situado el bien inmueble.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez deba señalarse que en el comentario se ofrecerán ejemplos de accesorios fijos de un inmueble (por ejemplo, un acondicionador de aire o un horno pero no los ladrillos y el cemento de un edificio).*]

Por "accesorios fijos de otro bien mueble" se entenderá todo bien corporal que esté [de tal modo] incorporado a otro bien mueble [como para ser tratado como parte de dicho bien mueble], sin perder por ello su identidad propia con arreglo al derecho por lo demás aplicable.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez deba señalarse que en el comentario se darán ejemplos de accesorios fijos de otro bien mueble (por ejemplo, neumáticos, un motor de aeronave).*]

B. Recomendaciones

Constitución de una garantía real sobre accesorios fijos (véase A/CN.9/WG.VI/WP.21, recomendación 31)

31. El régimen debería disponer que podrá constituirse una garantía real sobre un bien corporal que, en ese momento, sea un accesorio fijo de otro bien o que toda garantía real constituida sobre un bien corporal subsistirá aun cuando ese bien pase subsiguientemente a ser un accesorio fijo de otro bien. Cabrá constituir una garantía real sobre un accesorio fijo de un inmueble tanto con arreglo al presente régimen como con arreglo al derecho interno aplicable a la propiedad inmueble.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez deba señalarse que en el comentario se explicará que, de constituirse una garantía real sobre bienes que sean accesorios fijos de un inmueble, con arreglo al derecho interno aplicable a la propiedad inmueble, la garantía así constituida pudiera pasar simultáneamente a ser oponible frente a terceros. En el comentario se explicará también que, de crearse tal garantía real con arreglo al régimen legal de las operaciones garantizadas, toda garantía real de otra persona que esté constituida con arreglo al régimen legal de la propiedad inmueble, pudiera no verse afectada. Por ejemplo, una garantía real*

constituida con arreglo al régimen legal de las operaciones garantizadas solo podrá ser realizada si no existen garantías reales concurrentes constituidas con arreglo al régimen legal de la propiedad inmueble o si dicha garantía real goza de alguna prelación sobre las garantías reales concurrentes, que haya adquirido en el marco del régimen legal interno de la propiedad inmueble (véase recomendación 83).]

Validez frente a terceros de una garantía real sobre accesorios fijos (véase A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.3, recomendaciones 45 y 46)

45. El régimen debería disponer que toda garantía real sobre un bien corporal que sea un accesorio fijo en el momento en que pase a ser oponible frente a terceros, o que pase a ser un accesorio fijo subsiguientemente, podrá hacerse oponible por inscripción de un aviso en el registro general de las garantías reales. El régimen debería disponer también que, si una garantía real sobre un bien corporal es oponible frente a terceros en el momento en que el bien corporal pase a ser un accesorio fijo, la garantía real seguirá siendo oponible con posterioridad a dicho paso.

46. Toda garantía real sobre un accesorio fijo de un inmueble podrá hacerse también oponible frente a terceros por inscripción en el registro de la propiedad inmueble.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez deba señalarse que en el comentario se explicará que la recomendación 46 tiene por objeto amparar la integridad y fiabilidad del registro de la propiedad inmueble. Esta recomendación está además complementada por la recomendación 83 en A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.4, con arreglo a la cual toda garantía real sobre bienes corporales que sean o pasen a ser accesorios fijos de un inmueble, que haya pasado a ser oponible frente a terceros por inscripción de un aviso en el registro de la propiedad inmueble, con arreglo a lo previsto en la recomendación 45, gozará de prelación sobre toda garantía real sobre el bien inmueble considerado que sea inscrita subsiguientemente.*

El comentario explicará también que, si se hace oponible frente a terceros, con arreglo a esta recomendación, una garantía real sobre un accesorio fijo de un inmueble, dicha garantía real inscrita se regirá, en principio, por el régimen legal interno de la propiedad inmueble. Ahora bien, tal vez proceda señalar a la atención del legislador la necesidad de enmendar el régimen interno de la propiedad inmueble a fin de autorizar la inscripción de un aviso acerca de una garantía real, sin necesidad de legitimación notarial. Una dificultad para todo tercero que desee consultar ese aviso reside en el hecho de que la inscripción en el registro de la propiedad inmueble se hará con cargo al bien y no a nombre del otorgante.

El comentario explicará además que la garantía real quedará constituida sobre el bien inmueble en su conjunto, pero que el aviso inscrito deberá describir el accesorio fijo y la prelación de la garantía quedará circunscrita al valor que tendría el accesorio fijo caso de ser separado. Deberá también abordarse la cuestión de si el accesorio fijo puede ser separado y cómo se efectuaría el pago al acreedor garantizado, caso de procederse a la realización de la garantía (véase más adelante la recomendación concerniente a la realización de una garantía real). El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si un acreedor que haya adquirido una garantía con arreglo al régimen interno de la propiedad

inmueble debe estar facultado para liberar la deuda debida al acreedor garantizado con una garantía real constituida con arreglo al régimen legal aplicable a la propiedad mueble. Cabe dejar este punto al arbitrio de los acuerdos que se concierten entre acreedores.]

Validez frente a terceros de una garantía o de algún otro derecho real constituido sobre accesorios que hayan de ser inscritos en un registro especializado o anotados en un certificado de titularidad

46 *bis*. Toda garantía u otro derecho real (tales como el derecho de un comprador o de un arrendador) sobre un accesorio fijo de un bien mueble que haya de ser inscrito en un registro especializado o anotado en un certificado de titularidad podrá hacerse también oponible frente a terceros por inscripción en dicho registro o por anotación en dicho certificado.

Prelación de una garantía o de otro derecho real sobre accesorios fijos de un inmueble (véase A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.4, recomendaciones 82 y 83)

82. El régimen debería disponer que una garantía u otro derecho real (tales como el derecho de un comprador o de un arrendador) sobre accesorios fijos de un inmueble que haya sido constituida y se haya hecho oponible frente a terceros con arreglo al régimen legal de la propiedad inmueble gozará de prelación sobre todo acreedor garantizado por una garantía real constituida sobre esos mismos accesorios fijos que se haya hecho oponible frente a terceros por alguno de los métodos mencionados en las recomendaciones 35 o 36.

83. Toda garantía real sobre bienes corporales, que sean accesorios fijos de un inmueble en el momento de hacerse oponible la garantía o que pasen a ser accesorios fijos de un inmueble subsiguientemente, que se haya hecho oponible frente a terceros por inscripción en el registro de la propiedad inmueble, con arreglo a lo previsto en la recomendación 46, gozará de prelación sobre toda garantía o todo otro derecho real (tales como el derecho de un comprador o de un arrendador) sobre dicho inmueble que se haya inscrito subsiguientemente.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez proceda examinar la recomendación 83 junto con la recomendación pertinente del capítulo sobre mecanismos de financiación de adquisiciones (véase A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5, recomendación 130* ter. *En el comentario se explicará que las palabras "todo otro derecho real" están referidas a cualquier otro derecho que sea inscribible en el registro de la propiedad inmueble.*]

Prelación de una garantía o de todo otro derecho real sobre accesorios fijos de un bien mueble que esté sujeto a inscripción en un registro especializado o a que haya de ser anotado en un certificado de titularidad (véase A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.4, recomendaciones 84 y 85 a))

84. El régimen debería disponer que toda garantía o todo otro derecho real (tales como el derecho de un comprador o de un arrendador) sobre accesorios fijos de un bien mueble que se haya constituido y se haya hecho oponible frente a terceros, con arreglo al derecho por lo demás aplicable, por inscripción en un registro especializado o por anotación en un certificado de titularidad gozará de prelación sobre toda otra garantía o todo otro derecho real en dichos accesorios fijos

que se haya hecho oponible por alguno de los métodos mencionados en las recomendaciones 35 o 36.

84 *bis*. Toda garantía o todo otro derecho real sobre bienes corporales que sean accesorios fijos de un bien mueble en el momento de dotarse a la garantía de validez frente a terceros, o que pasen subsiguientemente a serlo, que se haya hecho oponible por inscripción en un registro especializado o por anotación en un certificado de titularidad, con arreglo a la recomendación 46 *bis*, gozará de prelación sobre toda garantía o todo otro derecho real sobre dicho bien mueble que se haya inscrito o anotado subsiguientemente.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez deba señalarse que las recomendaciones 84 y 84* bis *siguen el texto de las recomendaciones 82 y 83. La única diferencia es que las recomendaciones 84 y 84* bis *versan sobre bienes a los que será aplicable el proyecto de guía (por ejemplo, motores de automóviles).*]

Realización de una garantía real sobre accesorios fijos (véase A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.1)

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez proceda que las recomendaciones generales sean aplicables a la realización de una garantía real sobre bienes que sean accesorios fijos de un bien mueble. En lo concerniente a la realización de las garantías reales sobre accesorios fijos de un inmueble, tal vez proceda, en cambio, que le sea aplicable una recomendación adicional formulada en términos como los siguientes:*

"El régimen debería disponer que el acreedor garantizado por una garantía sobre un accesorio fijo de un inmueble (por ejemplo, un ascensor), que goce de prelación, podrá realizar su garantía sobre el accesorio fijo (pero no sobre el inmueble). Todo acreedor con una garantía real sobre el inmueble podrá efectuar el pago liberatorio de la deuda frente al acreedor con una garantía real sobre el accesorio fijo (por regla general deberá darse este derecho hasta a los acreedores con prelación inferior). El acreedor con una garantía real sobre el accesorio fijo deberá pagar daños y perjuicios por todo desperfecto que ocasione al separar el accesorio fijo del inmueble (pero no la disminución que ello ocasione al valor del inmueble). Si el acreedor con una garantía real sobre el accesorio fijo no goza de prelación, no podrá separar el accesorio fijo para realizar la garantía (pese a que esto es más bien una cuestión propiamente de valoración que suele darse en todo supuesto de realización de una garantía por un acreedor con prelación inferior cuya garantía recaiga sobre alguna parte de un bien). Si el acreedor con una garantía real sobre el accesorio fijo goza de una garantía real para la financiación de una adquisición, dicho acreedor gozará de la prelación privilegiada prevista en la recomendación 130, salvo frente a la garantía de un prestamista de obras que esté financiando la totalidad de las obras (esta última regla forma parte del derecho aplicable a la construcción, véase A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5, recomendación 130 ter*)".*]

Ley aplicable a las garantías reales sobre accesorios fijos (véase A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.5)

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez baste con la recomendación 136 para determinar la ley aplicable a la constitución de una garantía sobre un accesorio fijo de un bien mueble, así como su validez frente a terceros y su prelación, mientras que bastará con la recomendación 148 para determinar la ley aplicable a la realización de una garantía sobre un accesorio fijo de un bien mueble. En lo concerniente a la ley aplicable a la realización de una garantía sobre un accesorio fijo de un inmueble, el Grupo de Trabajo tal vez estime oportuno que se formule una recomendación adicional en términos como los siguientes: "La realización de una garantía real sobre un accesorio fijo de un inmueble se regirá por la ley del Estado donde esté situado el inmueble".*]

III. Garantías reales sobre masas de bienes o productos acabados

A. Definiciones (A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1, párrafo 21 l))

l) Por "masa de bienes o por producto acabado" se entenderán aquellos bienes corporales (distintos del dinero) que estén de tal modo incorporados o asociados entre sí que hayan perdido su identidad propia con arreglo a la norma legal que les sea por lo demás aplicable.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez deba señalarse que en el comentario se darán ejemplos de masas de bienes o de productos acabados (ejemplo de producto: la tarta o torta obtenida a partir de huevos, harina, azúcar y agua; ejemplo de masa: el grano almacenado en un silo o el aceite en una gran cuba o tanque).*]

B. Recomendaciones

Constitución de una garantía real sobre una masa de bienes o sobre un producto acabado (véase A/CN.9/WG.VI/WP.21, recomendación 32)

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Debe señalarse que se aclarará en el comentario que no podrá constituirse una garantía real sobre bienes corporales que formen ya parte de una masa de bienes o de un producto acabado al irse a constituir una garantía real, ya que en ese momento no existirán ya como bienes corporales identificables en cuanto tal.*]

32. El régimen debería también disponer que toda garantía real sobre bienes corporales que pasen a formar parte de una masa o de un producto acabado con posterioridad a la constitución de una garantía real, seguirá siendo ejercible sobre la masa de bienes ya formada o sobre el producto ya acabado. [El importe de la garantía real quedará limitado al valor que tuvieran los bienes corporales al ser incorporados a la masa de bienes o al producto acabado.]

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez deba señalarse que se ha colocado la segunda oración entre corchetes por referirse a la valoración de la garantía, que tal vez concierna más a la prelación que a la constitución de la garantía. Con arreglo a este criterio, si el valor de la harina es 5 y el valor del azúcar es 5, mientras que el valor de la tarta o torta pasa a ser 20 y son dos los acreedores garantizados por dichos bienes, cada acreedor recibirá 5, mientras que deberá guardarse el valor restante, equivalente a 10, para el otorgante o para sus acreedores ordinarios o no garantizados. Si el valor de la tarta resulta inferior al valor de los ingredientes, los acreedores garantizados deberán compartir proporcionalmente esa pérdida de valor (por ejemplo si el valor de la tarta es 8, cada acreedor garantizado recibirá 4). Ello significa que: i) la garantía real sigue recayendo sobre el bien corporal originario y el acreedor garantizado no deberá obtener más de lo que se le debía; ii) si el valor de la masa de bienes o del producto acabado es inferior, cada acreedor garantizado deberá soportar una disminución del importe de su garantía que sea proporcional a dicha pérdida (se trata aquí de una cuestión propiamente de prelación); y iii) la fecha de constitución de la garantía no afecta a su prelación.*]

Validez frente a terceros de una garantía real sobre una masa de bienes o sobre un producto acabado (véase A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.3, recomendación 47)

47. El régimen debería disponer que, en el supuesto de que una garantía real sobre un bien corporal sea oponible frente a terceros en el momento en el que el bien corporal gravado pase a formar parte de una masa de bienes o de un producto acabado, la garantía real constituida conforme a lo indicado en la recomendación 32 sobre la masa de bienes o sobre el producto acabado seguirá siendo oponible frente a terceros [sin necesidad de acto adicional alguno] [durante los […] días siguientes a la formación de la masa de bienes o del producto acabado, y sin interrupción, a raíz de dicho plazo, siempre que la garantía se haga oponible frente a terceros por alguno de los métodos mencionados en las recomendaciones 35 o 36 antes de haber expirado dicho plazo.]

Prelación de una garantía real sobre una masa de bienes o sobre un producto acabado (véase A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.4, recomendación 85)

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez deba señalarse que toda controversia concerniente a la prelación entre acreedores con garantías reales sobre bienes corporales que pasen a formar parte de una masa de bienes o de un producto acabado y los acreedores ordinarios no requerirá norma especial alguna para su resolución, dado que le será aplicable el régimen de prelación ordinario tan pronto como se determine que la garantía real subsiste sobre la masa así formada o sobre el producto acabado. Cabe distinguir, no obstante, tres tipos de conflictos de prelación eventuales entre acreedores que dispongan de una garantía real sobre la masa de bienes o sobre el producto acabado: i) conflictos entre garantías reales constituidas sobre bienes corporales de la misma índole que pasen a formar parte de una sola masa o de un solo producto acabado (por ejemplo, remesas de harina almacenadas en un silo), ii) conflictos entre garantías reales constituidas sobre bienes corporales distintos que pasen a formar parte de una masa o de un producto acabado (por ejemplo, de azúcar con harina) y iii) conflictos entre una garantía real originariamente constituida sobre bienes corporales separados y una garantía real constituida sobre la masa o producto acabado resultante (por ejemplo sobre el azúcar antes de ser introducida en la masa y sobre la tarta o torta resultante).*

A fin de hacerla aplicable a todos estos supuestos, se ha reformulado la recomendación 85 en tres recomendaciones. Debe señalarse que los conflictos de prelación solo surgen, por lo general, cuando el valor resultante no basta para satisfacer todos los créditos.]

85. El régimen debería disponer que toda garantía real constituida sobre bienes corporales separados de la misma índole que subsista sobre la masa de bienes formada o sobre el producto acabado, conforme a lo previsto en la recomendación 32, y que sea oponible a terceros conforme a lo previsto en la recomendación 47, tendrá la misma prelación que tuviera frente a toda otra garantía real otorgada sobre dichos bienes corporales, justo antes de que pasaran a formar parte de la masa o del producto acabado. Ningún acreedor podrá percibir un importe superior al valor de la obligación garantizada por su garantía real.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez deba señalarse que el efecto de la primera oración de esta recomendación será el de reconocer a todas las garantías reales sobre bienes corporales que pasen a estar mezclados, el orden de prelación que tuvieran entre sí cuando dichos bienes seguían estando separados. La razón de ser de esta regla es la de que el acto de incorporar esos bienes a una masa o a un producto acabado no debe afectar en nada a los respectivos derechos de los acreedores con garantías reales concurrentes sobre la masa o sobre el producto resultante de la incorporación de los bienes originariamente separados. Tal vez deba señalarse que se ha formulado la regla en términos que respeten tanto el régimen de prelación general como la prelación privilegiada de que goce todo acreedor que disponga de una "garantía constituida para la financiación de una adquisición". La segunda oración repite básicamente la regla enunciada (en términos algo distintos) en la segunda oración de la recomendación 32. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar cuál es la formulación preferible de esta regla y si dicha regla debe figurar tanto entre las recomendaciones concernientes a la constitución de la garantía como en las concernientes al régimen de prelación.*]

85 *bis*. El régimen debería disponer que: i) si subsiste más de una garantía real constituida sobre bienes corporales originariamente separados en relación con la misma masa o con el mismo producto acabado, conforme a lo previsto en la recomendación 32, siendo cada garantía real oponible a terceros, conforme a lo previsto en la recomendación 47; y si ii) no cabe saldar todas las obligaciones garantizadas por dichas garantías con cargo al bien gravado resultante, los acreedores garantizados tendrán derecho a compartir entre sí el valor de la masa de bienes o del producto acabado en función del valor que tuvieran los bienes corporales inmediatamente antes de ser incorporados a la masa de bienes o al producto acabado. Un acreedor garantizado no podrá recibir una suma superior al valor de la obligación cubierto por su garantía real. De solo haber otra garantía real, el acreedor garantizado por esa otra garantía tendrá derecho al valor residual no satisfecho de su garantía real sobre la masa de bienes o sobre el producto acabado. De ser más de dos las garantías reales subsistentes sobre la masa o sobre el producto acabado, los acreedores garantizados cubiertos por esas otras garantías reales tendrán derecho a cobrar el valor residual de sus garantías reales con cargo a la masa de bienes o al producto acabado en la proporción anteriormente descrita.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez deba señalarse que a tenor de la recomendación 85* bis*, de ser el valor del azúcar 2 y el valor de la harina 5, mientras que el valor de la tarta resultante es 6 y el importe de la obligación garantizada asciende a 7, los acreedores recibirán respectivamente 2/7 y 5/7 de 6. De ser el valor de la masa de bienes o el valor del producto acabado inferior al importe de las obligaciones garantizadas, no quedará valor alguno para repartir entre los acreedores ordinarios.*]

85 *ter*. El régimen debería disponer que una garantía real constituida sobre bienes corporales originariamente separados que subsista sobre la masa de bienes o el producto acabado resultante, conforme a lo previsto en la recomendación 32, y que sea oponible a terceros, conforme a lo previsto en la recomendación 47, tendrá prelación sobre una garantía real concedida por el mismo deudor sobre la masa de bienes o el producto acabado, siempre que sea una garantía real constituida para financiar una adquisición. Ningún acreedor garantizado podrá percibir una suma superior al valor de su obligación garantizada que esté cubierto por su garantía real.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez deba señalarse que la primera oración de esta recomendación no hace sino aplicar el régimen general de la prelación. Las garantías reales constituidas sobre bienes originarios gozarán de prelación sobre toda garantía real constituida sobre una masa de bienes o un producto acabado resultante tan solo en el supuesto de que hayan sido constituidas para financiar una adquisición.*]

Realización del valor de una garantía real sobre una masa de bienes o sobre un producto acabado

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez deba considerarse que el régimen general de la realización de una garantía real debe ser aplicable a la realización del valor de una garantía real sobre bienes que hayan pasado a formar parte de una masa de bienes o de un producto acabado. Por ejemplo, si los bienes gravados son aceite por valor de 5 depositado en un tanque con aceite por valor de 100, el acreedor estará facultado para disponer de esa cuantía de aceite por alguna vía comercialmente razonable. De no poderse separar el valor correspondiente al bien gravado, tal vez se haya de proceder a la venta del producto acabado o de la masa de bienes en su conjunto.*]

Ley aplicable a las garantías reales sobre una masa de bienes o sobre un producto acabado

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez deba considerarse si el régimen legal aplicable a las garantías reales sobre bienes corporales que pasen a formar parte de una masa de bienes o de un producto acabado debe ser la regla general aplicable a las garantías reales sobre bienes corporales (es decir, la recomendación 136) o la regla aplicable a las garantías reales constituidas sobre el producto en general (es decir, la recomendación 141). De ser aplicable la recomendación 136 y de proceder el ingrediente azúcar del país X, mientras que la tarta se encuentra en el país Y, será aplicable la ley del país Y (salvo toda excepción que sea aplicable a los bienes móviles o a las mercancías de exportación). De ser aplicable la recomendación 141, la constitución de la garantía real se regiría por la ley del país Y, mientras que la validez frente a terceros y la prelación de la garantía real se regiría por la ley del país Y. La única diferencia entre estos dos enfoques*

radica en la ley que será aplicable a la constitución de la garantía (es decir, la ley del país X o del país Y).]

Bienes muebles por destino ulterior y cultivos

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El proyecto de guía dispone que será posible constituir una garantía real sobre accesorios fijos ya sea con arreglo a lo previsto en el proyecto de guía o con arreglo al régimen legal de la propiedad inmueble. Puede darse una problemática similar respecto de: i) todo cultivo, ya sea renovable (por ejemplo, manzanas), anual (por ejemplo, cereales) o cosechable (por ejemplo, madera); ii) productos extraídos del subsuelo (por ejemplo, minerales, hidrocarburos, agua, piedra, arena), y iii) materiales de construcción que hayan retornado a su estado de bienes muebles a resultas de su extracción de un edificio demolido o por algún otro motivo.*

Siempre resultará posible negociar una garantía real sobre cada uno de estos bienes a título de bienes futuros, constituyéndose la garantía real tan solo en el momento en que esos bienes vuelvan a ser bienes muebles. En dicho supuesto, no cabe que surja un conflicto de prelación entre una garantía real sobre el inmueble constituida con arreglo a la ley por lo demás aplicable y una garantía real constituida por antelación sobre el bien mueble por destino ulterior, con arreglo a lo previsto en el proyecto de guía, dado que la garantía real sobre el inmueble habrá dejado de existir en el momento en que el bien mueble haya surgido, al ser movilizado.

No obstante, cabe imaginar un régimen legal que, al igual que el régimen aplicable a los accesorios fijos, permita la constitución de una garantía real sobre bienes muebles, con efecto inmediato, aun cuando el bien gravado siga siendo, en su calidad de accesorio fijo, un bien inmueble por destino. Dicho régimen ofrecería la ventaja de permitir, por ejemplo, la financiación de un cultivo o del producto de una industria extractiva al margen de la financiación otorgada a la explotación agrícola o a la explotación minera.

De decidir el Grupo de Trabajo que el proyecto de guía prevea dicho régimen, deberán prepararse recomendaciones referentes a: i) los conflictos de prelación entre las garantías reales constituidas sobre un bien inmueble con arreglo a la ley que les sea por lo demás aplicable y las garantías reales constituidas sobre un bien mueble con arreglo al régimen previsto en el proyecto de guía; ii) las condiciones con arreglo a las cuales todo acreedor con una garantía real constituida conforme a lo previsto en el proyecto de guía podrá realizar su valor y cuál será la vía ejecutoria de que disponga; y iii) medidas que deberá adoptar el acreedor dotado de una garantía real con arreglo al régimen previsto en el proyecto de guía para hacer oponible su garantía real frente a un acreedor dotado de una garantía real sobre el bien inmueble.]

A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.5

Recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

ADICIÓN

ÍNDICE

Recomendaciones

V. Eficacia de la garantía real frente a terceros y el sistema de la inscripción registral . . . . . 34 *bis* a 60

Parte I. Eficacia de la garantía real frente a terceros . . . . . 34 *bis* a 47

Parte II. El sistema de la inscripción registral . . . . . 47 *bis* a 60

V. Eficacia de la garantía real frente a terceros y el sistema de la inscripción registral

Parte I. Eficacia de la garantía real frente a terceros

Finalidad

La finalidad de las disposiciones del régimen relativas a la eficacia de una garantía real frente a terceros es sentar las bases para establecer un orden de prelación previsible, equitativo y eficiente por los siguientes medios:

a) Requiriendo la inscripción registral como requisito para la eficacia de una garantía real frente a terceros, salvo cuando las excepciones y opciones distintas de la inscripción registral sean apropiadas teniendo en cuenta las consideraciones de política comercial que vayan en otro sentido; y

b) Estableciendo el marco jurídico para apoyar un sistema de inscripción registral público que sea simple, económico y eficaz para la inscripción de notificaciones relativas a las garantías reales.

[Significado de la eficacia frente a terceros

34 *bis*. El régimen debería disponer que una garantía real es eficaz frente a terceros cuando se haya constituido efectivamente según lo dispuesto en la recomendación 7 y se le haya dado eficacia frente a terceros según lo dispuesto en las recomendaciones 35 o 36.]

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que el significado de la eficacia frente a terceros ya se aborda en la recomendación 35 (véase el texto entre corchetes). No obstante, dada su importancia tanto para el capítulo relativo a la eficacia frente a terceros como para el relativo a la prelación y habida cuenta del hecho de que esos conceptos serán nuevos para muchos ordenamientos jurídicos, el Grupo de Trabajo tal vez desee abordar esta cuestión en una recomendación aparte que figure al principio del capítulo. Si el Grupo de Trabajo decide mantener en el texto la*

recomendación 34 bis*, que figura entre corchetes, podrá suprimirse el texto entre corchetes de la recomendación 35. La recomendación 34* bis *se complementa con las recomendaciones 34* ter *a 34* quinquies*, que aclaran más el significado de la eficacia frente a terceros.*]

Eficacia de una garantía real que no sea oponible a terceros

34 *ter*. El régimen debería disponer que una garantía real que se haya constituido conforme a lo dispuesto en la recomendación 7 será eficaz frente al otorgante aun cuando no lo sea frente a terceros.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que una garantía real que no sea oponible a terceros no surtirá efecto frente a los acreedores generales o a los acreedores garantizados cuyas garantías reales no sean eficaces frente a terceros. Este enfoque se ajusta al significado de la eficacia frente a terceros adoptado en el proyecto de guía. El resultado práctico de este enfoque es que no se plantea ningún problema de prelación en el caso de las garantías reales que no sean eficaces frente a terceros y, por consiguiente, esas garantías serían iguales entre sí e iguales a las de los acreedores generales (a menos que se conviertan en acreedores judiciales, véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.6, recomendación 71).*]

Eficacia de una garantía real que adquiere eficacia frente a terceros tras la transferencia de un bien gravado

34 *quater*. El régimen debería disponer que, salvo en lo dispuesto en las recomendaciones 68 *bis*, 69 y 69 *bis* [véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.6], una garantía real sobre un bien continuará después de ser transferido dicho bien. Si la garantía real adquirió eficacia frente a terceros antes de la transferencia, no dejará de ser oponible a terceros por la mera razón de haber sido objeto de la transferencia.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que la regla enunciada en la recomendación 34* quater *(droit de suite) se reformula de forma ligeramente diferente en la recomendación 68 (véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.6). El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si esa regla debería insertarse en el presente capítulo o en el capítulo relativo a la prelación. El Grupo de Trabajo tal vez desee también tomar nota de que en el comentario se explicará que la segunda frase tiene por objeto asegurar que la mera transferencia no hace perder la eficacia frente a terceros a una garantía real a menos que, por ejemplo, la transferencia dé lugar a un cambio de ubicación del bien y a la pérdida de la eficacia frente a terceros debido a la aplicación de otro régimen (aunque, en virtud de la recomendación 145, la eficacia frente a terceros se preserva durante un determinado período después del cambio de ubicación) o a menos que el acreedor garantizado no enmiende su notificación para reseñar el nombre del cesionario como nuevo deudor.*]

Método general para lograr la eficacia frente a terceros de las garantías reales

35. El régimen debería disponer que, a menos que se disponga otra cosa en las recomendaciones del presente capítulo y en el capítulo sobre los mecanismos de financiación de adquisiciones, una garantía real [constituida de conformidad con las recomendaciones del capítulo relativo a la constitución de garantías] será oponible a

terceros únicamente si se inscribe una notificación relativa a la garantía real en el registro general de garantías reales según lo dispuesto en las recomendaciones 47 *ter* a 60. Con la inscripción de tal notificación no se constituye una garantía real.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que la inscripción de una notificación de una garantía real es un requisito para que dicha garantía adquiera eficacia frente a terceros, pero con ella no se constituye la garantía real. La constitución requiere un acuerdo entre las partes al margen del registro, tal como se dispone en las recomendaciones del capítulo relativo a la constitución de garantías.*]

Otras opciones además de la inscripción

36. Como opción distinta a la inscripción, el régimen debería disponer que una garantía real podrá adquirir eficacia frente a terceros si está constituida sobre los siguientes tipos de bienes:

a) Bienes corporales, desposeyendo al otorgante del bien gravado, según lo dispuesto en las recomendaciones 39 y 44;

b) [Bienes de consumo con un valor inferior a [especifíquese el valor] en el momento de la constitución de la garantía real, automáticamente al constituirse una garantía real sin fines de adquisición (para las garantías reales sobre bienes de consumo con fines de adquisición, véase A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5, recomendación 128) que no esté sujeta a una inscripción especializada o a un sistema de certificados de titularidad, conforme a lo dispuesto en la recomendación 39 *bis*];

c) Bienes muebles con respecto a los cuales, en virtud de otro régimen, una garantía real pueda adquirir eficacia frente a terceros mediante la inscripción en un registro especializado o la anotación en un certificado de titularidad, mediante tal inscripción o anotación, conforme a lo dispuesto en la recomendación 40;

d) El producto, i) automáticamente cuando el producto nace al adquirir eficacia frente a terceros con respecto a los bienes gravados originales mediante la inscripción registral antes de que nazca el producto [, pero solo si el producto es dinero, créditos por cobrar, títulos negociables o derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria], o ii) adquiriendo eficacia frente a terceros con respecto al producto en un plazo especificado posterior al nacimiento del producto, tal como disponen las recomendaciones 41 y 41 *bis*;

e) Un derecho personal o real que respalde el pago u otro tipo de cumplimiento de un crédito, un título negociable u otra obligación, adquiriendo la eficacia frente a terceros con respecto al crédito, al título negociable o a la otra obligación, tal como dispone la recomendación 41 *ter*;

f) Un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, mediante el control, conforme a lo dispuesto en la recomendación 43;

g) Bienes corporales que sean bienes muebles por destino en el momento en que se adquiere la eficacia frente a terceros o que se conviertan en bienes inmuebles por destino subsiguientemente, mediante la inscripción registral con respecto al bien corporal, tal como disponen las recomendaciones 45, 46 y 46 *bis*; y

h) Una masa o un producto adquiriendo eficacia frente a terceros [sobre un bien corporal antes de que pase a formar parte de una masa o producto] [sobre la masa o el producto dentro de un plazo posterior a la fecha en que el bien pasa a formar parte de la masa o del producto], según dispone la recomendación 47.

Métodos concurrentes

37. El régimen debería confirmar que pueden utilizarse distintos métodos para lograr la eficacia frente a terceros para diferentes elementos o tipos de bienes gravados, independientemente de si están gravados o no por el mismo acuerdo de garantía.

Método exclusivo

38. El régimen debería disponer que, salvo en lo dispuesto en la recomendación 36 e), una garantía real sobre un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente solo adquiere eficacia frente a terceros mediante el control, tal como dispone la recomendación 42.

Continuidad en la eficacia frente a terceros

38 *bis*. El régimen debería disponer que la eficacia frente a terceros de una garantía real es continua, a pesar de que cambie el método por el que se le dé eficacia frente a terceros, siempre y cuando no haya ningún momento en que la garantía real no sea oponible a terceros.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que la recomendación 38* bis *no hace ninguna referencia separada a la inscripción registral (por ejemplo, a la inscripción anticipada antes de la constitución), ya que, si se produce un cambio en el método de adquisición de la eficacia frente a terceros antes de que venza la inscripción, la garantía real se habrá constituido y habrá adquirido así eficacia frente a terceros.*]

Lapso en la inscripción o en la eficacia frente a terceros

38 *ter*. El régimen debería disponer que, si una garantía real se ha inscrito conforme a lo dispuesto en las recomendaciones 35 y 54 o se le ha dado eficacia frente a terceros conforme a las recomendaciones 35 y 36 y subsiguientemente hay un período en el que la garantía real no está registrada ni es oponible a terceros, pueda restablecerse la inscripción o la eficacia frente a terceros. En tal caso, la inscripción o la eficacia frente a terceros tendrán validez lo antes posible a partir de la fecha en que la garantía real quede registrada o adquiera eficacia frente a terceros.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que las recomendaciones 38* bis *y 38* ter *siguen de cerca la terminología empleada en las recomendaciones 66 y 66* bis *(véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.6) conforme a las cuales la prelación empieza a contar a partir del momento en que se restablezca la eficacia frente a terceros o en que se registre una notificación relativa a la garantía real. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si la primera frase de la recomendación 38* ter *debería mantenerse en este capítulo, puesto que regula el lapso en la inscripción o en la eficacia frente a terceros y si la segunda frase debería plasmarse únicamente en el capítulo relativo a la prelación , pues trata esencialmente de este tema.*

El Grupo de Trabajo tal vez desee también tomar nota de que en el comentario se explicará que la eficacia frente a terceros puede sufrir un lapso cuando, por ejemplo, el acreedor garantizado no renueva su inscripción antes de que venza su plazo inicial o cuando la eficacia frente a terceros se haya obtenido mediante la entrega de la posesión de los bienes gravados al acreedor garantizado, pero este devuelve posteriormente la posesión al otorgante. En el comentario se explicará también que la eficacia frente a terceros no sufre un lapso en tales casos si la garantía real está inscrita o si adquiere eficacia frente a terceros antes de que se produzca el lapso del determinado método de eficacia frente a terceros.

En el comentario se incluirán ejemplos de situaciones en que se mantendrá la continuidad de la eficacia frente a terceros a pesar de que se produzca un lapso en un determinado método de eficacia frente a terceros. He aquí dos ejemplos:

El día 1, el otorgante constituye una garantía real en beneficio del acreedor garantizado, que el mismo día toma posesión de los bienes gravados. El día 2, el acreedor garantizado inscribe una notificación en el registro sobre su garantía real y renuncia a la posesión. La eficacia frente a terceros será continua desde el día 1.

El día 1, el otorgante constituye una garantía real en beneficio del acreedor garantizado, el cual, en el mismo día inscribe una notificación de su garantía real en el registro. El día 2, el acreedor garantizado toma posesión de los bienes gravados, mientras que la inscripción caduca el día 3. La eficacia frente a terceros es continua a partir del día 1. El resultado es el mismo si el acreedor garantizado se inscribe de nuevo el día 4 y entrega la posesión de los bienes gravados al otorgante el día 5.]

Eficacia frente a terceros de una garantía real sobre bienes corporales

39. El régimen debería disponer que una garantía real sobre bienes corporales también puede adquirir eficacia frente a terceros, mediante la desposesión del otorgante.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que, dado que la expresión "bienes corporales" abarca los títulos negociables y los documentos negociables (véase A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1, párr. 21 i)), la recomendación 39 es aplicable a la eficacia frente a terceros de garantías reales sobre títulos negociables y documentos negociables. Como consecuencia de ello, una garantía real sobre un título negociable o un documento negociable puede adquirir eficacia frente a terceros mediante la inscripción o mediante la desposesión del otorgante. En la recomendación 44 se agregan reglas especiales relativas a la eficacia frente a terceros de las garantías reales sobre documentos negociables y sobre bienes englobados por los documentos negociables. El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota también de que la "desposesión" se definirá dándole el sentido de una desposesión real y objetiva.*]

[Eficacia frente a terceros de una garantía real sin fines de adquisición sobre bienes de consumo de bajo valor

39 *bis*. Toda garantía real sin fines de adquisición sobre bienes de consumo de valor inferior a [especifíquese el valor] en el momento de la constitución de la garantía real [para las garantías reales con fines de adquisición sobre bienes de

consumo, véase A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5, recomendación 128] que no esté sujeta a una inscripción especializada o a un sistema de certificado de titularidad será eficaz frente a terceros automáticamente al constituirse la garantía real.]

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que no existe una financiación importante para las garantías reales sin fines de adquisición sobre bienes de consumo. En consecuencia, el Grupo de Trabajo tal vez desee suprimir la recomendación 39* bis *(y la recomendación 36 b)). Si se mantiene esta recomendación en el texto, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar que, como un valor bajo en un país puede ser un valor alto en otro, la determinación del bajo valor debería basarse en un análisis de costos y beneficios en que se comparara el valor potencial de liquidación en un bien con el costo de la inscripción. Por las mismas razones, el Grupo de Trabajo tal vez desee también excluir las garantías reales sin fines de adquisición sobre bienes necesarios para la subsistencia, la subsistencia básica, la salud de una persona o un miembro de su hogar de las garantías abarcadas por la Guía. En el comentario se podría explicar que, como consecuencia de ello, se aplicarían a los acreedores garantizados las mismas excepciones que suelen aplicarse a la ejecución por acreedores judiciales. Otra posibilidad consistiría en que el Grupo de Trabajo incluyera las garantías reales sobre esos bienes en el ámbito de la Guía, pero aplicara a la ejecución por los acreedores garantizados las mismas exenciones aplicables a la ejecución por acreedores judiciales.*]

Eficacia frente a terceros de una garantía real sobre bienes muebles respecto de los cuales exista una inscripción registral especializada o un sistema de certificado de titularidad

40. El régimen debería disponer que una garantía real sobre bienes muebles respecto de la cual en virtud de otra ley una garantía real pueda adquirir eficacia frente a terceros mediante la inscripción en un registro especializado o la anotación en un certificado de titularidad será oponible a terceros si:

a) Se inscribe en el registro especializado; o

b) Se anota en el certificado de titularidad.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que la inscripción en un registro general de garantías reales como dispone la recomendación 35 o la inscripción en un registro especializado o la anotación en un certificado de titularidad como dispone la recomendación 40 son los únicos métodos disponibles para lograr la eficacia frente a terceros (es decir, la eficacia frente a terceros no puede adquirirse mediante la posesión), si así lo dispone la legislación especial pertinente. El Grupo de Trabajo tal vez desee también tomar nota de que la recomendación 40 se complementa con la recomendación 65 en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.6, en virtud de la cual una garantía real inscrita en el registro especializado o respecto a la cual se haya hecho una anotación en un certificado de titularidad tendrá prelación sobre una garantía real inscrita en el registro general de garantías reales. Por consiguiente, a fin de asegurar la máxima prelación sobre todas las clases de acreedores concurrentes, debería darse a la garantía real la eficacia frente a terceros mediante la inscripción de conformidad con la recomendación 40 y no con la recomendación 35. Este enfoque está justificado por la necesidad de*

preservar la fiabilidad del registro especializado o del sistema de certificados de titularidad para el comprador de bienes gravados o para otros acreedores garantizados que dependen de esos sistemas para asegurar la protección de sus propios derechos.]

Eficacia frente a terceros de garantías reales sobre el producto

41. [*Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recomendación 41.*]

41 *bis*. [*Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recomendación 41* bis.]

Eficacia frente a terceros de derechos que respaldan un crédito, un título negociable o cualquier otra obligación

41 *ter*. Un derecho personal o real que respalde el pago u otra forma de cumplimiento de un crédito, de un título negociable o de otra obligación será oponible a terceros si la garantía real sobre el crédito, el título negociable o la otra obligación tiene eficacia frente a terceros.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar esta recomendación junto con la recomendación 37, relativa a la eficacia frente a terceros de una garantía real sobre un crédito por cobrar (véase A/CN.9/WG.VI/WP.26).*]

Eficacia frente a terceros de garantías reales sobre derechos a cobrar el producto de promesas independientes

42. [*Véase A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.2, recomendación 49.*]

Eficacia frente a terceros de garantías reales sobre derechos de pago de fondos acreditados en cuentas bancarias

43. [*Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.1, recomendación 43.*]

Eficacia frente a terceros de garantías reales sobre documentos negociables

44. [*Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.3, recomendación 40.*]

Eficacia frente a terceros de garantías reales sobre accesorios fijos

45. [*Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recomendación 45.*]

46. [*Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recomendación 46.*]

Eficacia frente a terceros de garantías reales sobre masas de bienes o sobre productos acabados

47. [*Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recomendación 47.*]

Parte II. El sistema de la inscripción registral

Finalidad

La finalidad de las disposiciones del régimen sobre el sistema de la inscripción registral es aclarar las funciones, los requisitos y las consecuencias de la inscripción en el registro general de garantías reales.

Funciones de la inscripción en el registro general de garantías reales

47 *bis*. El régimen debería disponer que las funciones de la inscripción en el registro general de garantías reales consisten en ofrecer:

a) Un método mediante el cual una garantía real pueda ser oponible a terceros tanto si la garantía existe ya en ese momento como si se constituye en el futuro;

b) Una base para aplicar las reglas de prelación basadas en el momento en que una garantía real adquiere eficacia frente a terceros; y

c) Una fuente suplementaria para los terceros, como los futuros acreedores garantizados, los acreedores judiciales, el representante de la insolvencia del otorgante y los compradores de bienes gravados, con el fin de obtener información sobre si los bienes del otorgante pueden gravarse en ese momento o subsiguientemente mediante una garantía real concurrente.

47 *ter*. El régimen debería disponer que podrá inscribirse una notificación en el registro general de garantías reales y se podrán desempeñar las funciones mencionadas en la recomendación 47 *bis* independientemente de que la garantía real exista en el momento de la inscripción o de que sea constituida posteriormente y con independencia de si el otorgante tiene un derecho sobre los bienes abarcados por la notificación en el momento de la inscripción o si obtiene ese derecho sobre esos bienes subsiguientemente.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que el comentario vinculará las recomendaciones 47* bis *y 47* ter *a la recomendación pertinente relativa a la constitución, a la recomendación 34* bis *(en que se distingue la constitución de la eficacia frente a terceros), la recomendación 35 (en que se aclara que con la inscripción no se constituye una garantía real), la recomendación 54 (la preinscripción) y la recomendación 40 (inscripción en un registro especializado).*

En el comentario se explicará asimismo que los sistemas de inscripción registral que requieren el archivo de documentos (más que el archivo de notificaciones como disponen las recomendaciones 48 a) y 49, sin ningún tipo de escrutinio o verificación por parte de una persona que no sea la que se inscribe conforme a la recomendación 48 b)) que tienen efectos constitutivos (más bien que los efectos descritos en la recomendación 47 bis*) y que requieren el pago de altas tarifas de inscripción (por ejemplo,* ad valorem*) (y no tarifas nominales basadas en la recuperación de los costos como dispone la recomendación 48 g)) no son idóneos para una inscripción rápida, eficiente, económica y fácil para el usuario (véanse las recomendaciones 47* quater *y 48* infra*), lo cual es crucial para un*

régimen de las operaciones garantizadas sobre bienes muebles que promueva un mayor acceso a crédito más asequible.]

Principios de diseño

47 *quater*. El régimen debería disponer que el registro se concebirá con el fin de cumplir las funciones enunciadas en la recomendación 47 *ter*, pero solo de un modo que asegure que las inscripciones y las búsquedas sean rápidas, eficientes, económicas, fáciles para el usuario y de acceso público. En particular, los requisitos sobre el contenido (elementos especificados de información, no documentos originales) de la información presentada ("notificación") y el método de presentación no deberían ser más onerosos de lo necesario para asegurar que el sistema de inscripción registral funcione de la manera indicada en el presente capítulo y entrañe el mínimo riesgo posible de invalidación de la inscripción.

Inscripción y búsqueda rápidas, económicas y eficaces

48. A fin de asegurar que las inscripciones y las búsquedas sean rápidas, flexibles, económicas y eficaces, el marco operativo y legal del registro debería tener las siguientes características:

a) La inscripción se efectuará inscribiendo una notificación que contenga la información especificada en la recomendación 49, por oposición a una copia de la correspondiente documentación de seguridad;

b) Una notificación podrá inscribirse sin verificación ni escrutinio por parte de ninguna persona que no sea la que proceda a la inscripción;

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que las notificaciones falsas o que induzcan a error pueden cancelarse en virtud de la recomendación 57, mientras que la cuestión de si deberán imponerse penas por inscribir notificaciones falsas o que induzcan a error a sabiendas de ello se dejará en manos del derecho extracontractual, penal o de otra legislación. En el comentario también se dará orientación sobre el tipo posible de penas.*]

c) Podrá efectuarse una búsqueda sin que la persona que desee hacerla deba justificar sus motivos;

d) Los datos del registro estarán centralizados y contendrán todas las notificaciones de garantías reales inscritas en virtud del presente régimen;

e) Las notificaciones se clasificarán por índices y podrán ser recuperadas por quienes las busquen recurriendo al nombre del otorgante o a cualquier otro identificador fiable del otorgante, como una identificación emitida por el Estado o un número de registro comercial;

f) El registro estará abierto al público;

g) Las tarifas para la inscripción o la búsqueda se fijarán a un nivel que no sea superior al necesario para permitir la recuperación de los gastos;

h) Las personas que procedan a la inscripción podrán elegir entre múltiples modos y puntos de acceso al registro;

i) Se dispondrá generalmente de guías claras y concisas sobre los procedimientos de inscripción y búsqueda y se dará amplia difusión a la existencia y a la función del registro; y

j) El registro funcionará con un horario fiable y coherente que sea compatible con las necesidades de los posibles usuarios del registro;

k) En la medida en que lo permita la capacidad de infraestructuras del Estado, el sistema registral estará informatizado. En particular,

i) Las notificaciones se archivarán de forma electrónica en una base de datos informática;

ii) Quienes hagan inscripciones y búsquedas tendrán acceso inmediato al sistema del registro por medios electrónicos o similares, inclusive Internet y el intercambio electrónico de datos;

iii) El sistema se programará de tal forma que se minimice el riesgo de inscripción de información incompleta o no pertinente (por ejemplo, mediante el requisito de que se llenen los espacios destinados a datos esenciales);

iv) El sistema se programará de modo tal que facilite la recuperación rápida y completa de información y que reduzca al mínimo las consecuencias prácticas de un error humano.

Seguridad e integridad del registro

48 *bis*. A fin de garantizar la seguridad y la integridad del sistema de inscripción registral, el marco operativo y legal del registro debería tener las siguientes características:

a) La persona o entidad que haga una inscripción podrá obtener un registro de esta en cuanto haya registrado la información, a fin de poder verificar si los datos son exactos y completos;

b) Se verificará por adelantado la identidad de quienes hagan una inscripción y se preservará esa prueba de identidad;

c) [El registro] [El acreedor garantizado] estará obligado a enviar una copia de la notificación al otorgante que se mencione en ella;

d) El registro estará obligado a enviar una copia de todo cambio que se produzca en una notificación al acreedor garantizado que se mencione en ella;

e) Si bien la gestión cotidiana del registro podrá delegarse en una entidad privada, el Estado mantiene la responsabilidad de asegurar que el registro se lleva de conformidad con lo dispuesto en el marco jurídico que lo rige;

f) Se mantendrá una copia de reserva del registro a fin de asegurar que pueda reconstruirse.

Responsabilidad por pérdidas o daños

48 *ter*. El régimen debería disponer la asignación de responsabilidad por pérdidas o daños causados por un error en la administración o gestión del registro y en el sistema de búsqueda. Si el sistema se ha concebido para permitir la inscripción y la búsqueda directas por los usuarios del registro sin la intervención del personal del

registro, la responsabilidad del registro con respecto a una inscripción o a una búsqueda impresas de forma inexacta o incompleta se atribuirá simplemente a un mal funcionamiento del sistema.

Contenido requerido de la notificación

49. El régimen requerirá que la notificación contenga únicamente:

a) Los nombres u otros identificadores fiables del otorgante y del acreedor garantizado, o de su representante, conforme disponen las recomendaciones 50 y 51, y la dirección de cada una de esas personas;

b) Una descripción del bien que sea objeto de la notificación, tal como dispone la recomendación 53;

c) La duración de la inscripción, tal como dispone la recomendación 56; y

[d) Una declaración sobre la cifra monetaria máxima por la que se pueda ejecutar la garantía real [si el Estado determina que tal información es útil para facilitar un préstamo subordinado].]

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que, si bien el significado del término "representante" puede estar sujeto a otra legislación, este concepto abarcará al agente, al fideicomisario o a otra persona que actúe en nombre o en beneficio del acreedor garantizado.*]

Suficiencia del nombre del otorgante en una notificación

50. El régimen debería disponer que el nombre u otro identificador del otorgante registrado en una notificación inscrita será suficiente únicamente cuando la notificación pueda recuperarse mediante una búsqueda del sistema registral empleando el nombre correcto o el otro identificador correcto del otorgante.

51. Cuando el otorgante sea una persona física, el régimen debería disponer que el nombre del otorgante a los efectos de la inscripción efectiva de una notificación será el nombre que figure en documentos oficiales especificados, como el certificado de nacimiento, la tarjeta de identidad, el permiso de conducción o el pasaporte. Cuando el otorgante sea una entidad jurídica, el régimen debería disponer que el nombre del otorgante para los fines de una inscripción efectiva será el nombre que figure en los documentos constitutivos de la entidad.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se aclarará que cuando el nombre del otorgante se enuncie en un registro separado mantenido por el Estado, por ejemplo, un registro comercial o de sociedades, el Estado tal vez desee establecer vínculos entre los dos registros para facilitar la inscripción exacta de los datos.*]

Modificación del nombre o del otro identificador del otorgante

52. El régimen debería disponer que si el nombre del otorgante cambia después de haberse efectuado la inscripción de una garantía real:

a) Una garantía real sobre un bien gravado sobre el que el otorgante tuviera derechos en el momento del cambio del nombre conservará su eficacia frente a terceros;

b) Una garantía real sobre un bien adquirido por el otorgante o constituida en el plazo de [...] días después de la fecha en que se produzca el cambio de nombre, será eficaz frente a terceros; y

c) Una garantía real sobre un bien adquirido por el otorgante o constituida más de [...] días después de la fecha del cambio de nombre no será eficaz frente a terceros, a menos que se enmiende la notificación para especificar el nuevo nombre del otorgante.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se dará orientación sobre la duración del período mencionado en la recomendación 52 (por ejemplo, de 60, 90 o 120 días). En el comentario se analizarán también las diversas circunstancias en que una entidad puede modificar su nombre (por ejemplo, en el caso de una fusión o de una adquisición).*]

Suficiencia de la descripción de los bienes que sean objeto de una notificación

53. El régimen debería disponer que una descripción de los bienes que sean objeto de una notificación se considerará suficiente si permite a un tercero identificar los bienes que son objeto de la notificación disociándolos de otros bienes del otorgante. Si los bienes abarcados por la notificación consisten en una categoría o en varias categorías genéricas de bienes muebles o de todos los bienes muebles presentes y posteriormente adquiridos, una descripción genérica será suficiente.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que descripciones tales como "todas las existencias" o "todos los bienes presentes y futuros", serán suficientes.*]

Inscripción anticipada

54. El régimen debería disponer que una notificación relativa a una garantía real podrá inscribirse antes o después de que se constituya la garantía real.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que la finalidad de esta recomendación es confirmar que la inscripción puede tener lugar antes de la constitución de la garantía real. En el comentario se explicará que la finalidad de permitir la inscripción anticipada es ofrecer a los acreedores garantizados la posibilidad de asegurar su grado de prelación mediante la inscripción, especialmente frente a posibles acreedores garantizados concurrentes, lo antes posible a fin de facilitar la concesión de crédito una vez concertado el acuerdo formal de garantía (véase también A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.6, recomendación 66, conforme a la cual la prelación se rige por la fecha de inscripción (es decir, antes de la constitución de una garantía real, suponiendo que tal garantía*

empiece a existir subsiguientemente) o por la fecha en que adquiere eficacia frente a terceros (es decir, la constitución más la inscripción o la posesión).]

Notificación única para múltiples acuerdos de garantía entre las mismas partes

55. El régimen debería disponer que la inscripción de una única notificación será suficiente para asegurar la eficacia frente a terceros de garantías reales constituidas o que se vayan a constituir mediante todos los acuerdos de garantía concertados entre las mismas partes, siempre y cuando abarquen elementos o tipos de bienes muebles que entren en la descripción hecha en la notificación.

Duración y prórroga de una notificación

56. El régimen debería especificar la duración de una notificación o permitir a la persona que haga la inscripción seleccionar la duración de la notificación en el momento de la inscripción y prorrogarla en cualquier momento antes de su vencimiento.

Momento de eficacia de una notificación o de una enmienda

56 *bis*. El régimen debería disponer que una notificación o su enmienda surtirán efecto cuando la información consignada en la notificación o en su enmienda sea inscrita en el sistema registral de modo que pueda ser revelada en una búsqueda en el registro.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que si un sistema de inscripción registral permite la presentación de notas de papel en el registro (por oposición a datos directos inscritos por sus autores) se producirá cierta demora entre la recepción de la notificación por el encargado del registro y el momento en que el personal del registro ingresará la información sobre la notificación en el registro con el fin de que esté disponible para quienes hagan búsquedas. En tales circunstancias se plantea la cuestión del momento en que la inscripción debe adquirir eficacia, el momento de la recepción de la notificación en el registro o el momento en que la notificación se ingrese en el registro y quede a la disposición de quienes hagan búsquedas. Si la inscripción es eficaz a partir del momento en que es recibida por el encargado del registro, en una búsqueda no se encontrarán todas las inscripciones legalmente eficaces. A fin de proteger las necesidades de información de los terceros, la recomendación 56* bis*, por consiguiente, establece la simultaneidad entre el momento de la inscripción y el momento a partir del cual la información puede ser buscada y hallada. Si bien ello crea un riesgo de demora para el acreedor garantizado, este estará en una mejor posición que los terceros para adoptar medidas de autoprotección. Además, las recomendaciones antes enunciadas sobre el diseño y el funcionamiento del sistema registral deberían asegurar procedimientos de inscripción rápidos y eficientes. En un sistema totalmente electrónico que no requiera la intervención del personal del registro, el ingreso de la notificación y su disponibilidad para la búsqueda son prácticamente simultáneos y este problema se reduce notablemente.*

El Grupo de Trabajo tal vez desee también tomar nota de que en el comentario se explicará que una enmienda podrá contener diversos cambios, como: i) la adición o supresión de elementos o de tipos de bienes gravados; ii) la adición o la supresión del nombre de un otorgante; iii) la inscripción de un cambio en el nombre

del otorgante o del acreedor garantizado; iv) la revelación de una cesión de la garantía real por el acreedor garantizado mencionado en la inscripción original a un nuevo acreedor garantizado; o v) la revelación de un acuerdo de subordinación o de un compromiso que afecte a una garantía real inscrita.]

Cancelación o enmienda de una notificación

57. El régimen debería disponer que si no se ha celebrado entre las partes un acuerdo de garantía o si la garantía real ha quedado liquidada mediante el pago íntegro o el cumplimiento de todas las obligaciones garantizadas y la anulación de todo compromiso de conceder crédito o si cualquier información consignada en la notificación no es autorizada por el otorgante:

a) El acreedor garantizado deberá cancelar o enmendar la notificación en el plazo de […] días después de la solicitud del otorgante;

b) El otorgante tendrá derecho a obligar a cancelar o a enmendar una notificación mediante un procedimiento sumario;

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que el otorgante podrá solicitar la cancelación de la notificación en virtud del párrafo b) incluso antes de que venza el período especificado en el párrafo a). En tal caso, sin embargo, el otorgante podrá tener que sufragar los costos que de ello se deriven (véase A/CN.9/593, párr. 54). El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota también de que en el comentario se dará orientación a los Estados sobre la duración del período mencionado en la recomendación 58 (por ejemplo, de 20 a 30 días).*]

c) El otorgante y el acreedor garantizado podrán convenir en cancelar o enmendar la notificación.

58. El régimen debería disponer que el acreedor garantizado tendrá derecho a cancelar o a enmendar la notificación en cualquier momento.

59. El régimen debería disponer que, en un breve plazo tras la cancelación de una notificación, el encargado del registro deberá retirar dicha notificación del registro en el que puedan hacerse búsquedas, pero la información consignada en la notificación cancelada y el hecho de su cancelación deberían archivarse de modo que pudieran encontrarse si fuera necesario.

60. [El régimen debería disponer que, en el caso de una cesión de la obligación garantizada, [se podrá enmendar la notificación para indicar el nombre del nuevo acreedor garantizado pero la notificación no enmendada seguirá siendo eficaz] [para seguir siendo eficaz, la notificación deberá enmendarse indicándose en ella el nombre del nuevo acreedor garantizado].]

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar cuál de las variantes que figuran entre corchetes en la recomendación 60 es preferible (véase A/CN.9/593, párr. 56).*]

A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.6

Recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

ADICIÓN

ÍNDICE

Recomendaciones

VI. Prelación de la garantía real sobre los derechos de demandantes concurrentes . . . . 61-85 *ter*

VI. Prelación de la garantía real sobre los derechos de demandantes concurrentes

Finalidad

De conformidad con el propósito de la Guía de fomentar la concesión de crédito garantizado, la finalidad de las disposiciones del régimen sobre la prelación es:

a) Permitir a un posible acreedor garantizado determinar, de forma eficiente y con mucha certeza antes de conceder crédito, la prelación que su garantía real tendría sobre los derechos de otras partes concurrentes; y

b) Facilitar las operaciones mediante las cuales un otorgante pueda constituir más de una garantía real sobre el mismo bien y utilizar así el valor pleno de sus bienes para obtener crédito.

Alcance de las reglas de prelación

61. El régimen debería prever un conjunto completo de reglas de prelación que regularan los conflictos de prelación con toda posible parte concurrente.

Alcance de la prelación

62. El régimen debería disponer que la prelación concedida a una garantía real se hace extensiva a todas las obligaciones monetarias y no monetarias adeudadas al acreedor garantizado [hasta un importe monetario máximo enunciado en la notificación], incluidos el capital, los costos, los intereses y cargos hasta la cantidad garantizada por la garantía real.

Prelación de las garantías reales que respaldan obligaciones futuras

62 *bis*. [A reserva de lo dispuesto en la recomendación 71,] la prelación de una garantía real no depende de la fecha en que se contrajo la obligación garantizada.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se aclarará que si una garantía real que respalde un crédito se hace oponible a terceros el día 1 y el crédito se concede el día 2 y luego los días 3 y 4, la prelación empieza a partir del momento en que la garantía real adquirió eficacia frente a terceros (es decir, el día 1). En el comentario se explicará también que en la recomendación 71 se hace una excepción a esta regla disponiendo que, si la obligación garantizada fue contraída después de que un*

acreedor judicial adquiriera derechos sobre el bien gravado, la garantía real estará subordinada a los derechos del acreedor judicial. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si habría que introducir alguna otra excepción (por ejemplo, la prelación absoluta de una garantía real con fines de adquisición debería limitarse a las obligaciones garantizadas contraídas hasta el momento de la adquisición de los bienes pertinentes por el cesionario).]

Prelación de garantías reales sobre bienes futuros

62 *ter*. Una garantía real sobre bienes que el otorgante haya adquirido o que se haya constituido después de que la garantía real sobre dichos bienes adquiriera eficacia frente a terceros [mediante la inscripción registral] tendrá la misma prelación que la garantía real sobre bienes respecto de los cuales el otorgante tuviera derechos en el momento en que la garantía real hubiera adquirido eficacia frente a terceros.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si la prelación sobre bienes futuros debería ser la misma que la prelación sobre bienes presentes únicamente cuando la garantía real se haya hecho oponible a terceros mediante inscripción registral. Este enfoque podría justificarse, dado que los terceros solo tendrían notificación de la posible existencia de una garantía real en el caso de la inscripción registral.*]

Acuerdos de subordinación

63. El régimen debería disponer que una parte reclamante concurrente con derecho a prelación podrá en todo momento subordinar su prelación unilateralmente o mediante acuerdo en favor de otro reclamante concurrente actual o futuro.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se aclarará que, en virtud de la recomendación 63, los acuerdos de subordinación no sólo serían posibles entre partes reclamantes concurrentes con distinto grado de prelación sino también entre partes concurrentes con el mismo grado de prelación (véase A/CN.9/593, párr. 61). El Grupo de Trabajo tal vez desee también tomar nota de que los acuerdos de subordinación en caso de insolvencia del otorgante se regulan en la recomendación J de las recomendaciones de la presente Guía sobre la Insolvencia (A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.3): "El régimen de la insolvencia debería especificar que, si el titular de un derecho garantizado sobre un bien de la masa de la insolvencia ha subordinado su prelación, unilateralmente o en virtud de un acuerdo, en favor de un demandante concurrente existente o futuro, esa subordinación es obligatoria en el procedimiento de insolvencia con respecto al otorgante.*"]

Prelación entre garantías reales sobre los mismos bienes gravados

64. El régimen debería disponer que, salvo en lo dispuesto en otras recomendaciones del presente capítulo y en el capítulo sobre los mecanismos de financiación de adquisiciones, una garantía real sobre bienes muebles inscrita conforme a las recomendaciones 40 o 54 [véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.5] o hecha oponible a terceros conforme a las recomendaciones 35 o 36 [véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.5], según lo que ocurra primero, gozará de prioridad sobre una garantía real constituida sobre el mismo bien que se haya inscrito

subsiguientemente en el registro, conforme a las recomendaciones 40 o 54, o que haya adquirido eficacia frente a terceros conforme a las recomendaciones 35 o 36.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se aclarará que se plantearán problemas de prelación cuando existan derechos concurrentes sobre los mismos bienes, cuando el deudor incumpla la obligación garantizada y cuando el valor de los bienes gravados no sea suficiente para satisfacer todas las obligaciones garantizadas. En el comentario se aclarará también que*:

a) entre dos garantías reales inscritas en el registro general de garantías reales, ganará la primera que haya sido inscrita;

b) entre dos garantías reales inscritas en un registro especializado o anotadas en un certificado de titularidad, ganará la primera que haya sido inscrita (en la recomendación 65 se reitera la misma regla entre corchetes);

c) entre una garantía real inscrita en el registro general de garantías reales y una garantía real inscrita en un registro especializado o anotada en un certificado de titularidad, ganará esta última (a consecuencia de la recomendación 65); y

d) entre una garantía real inscrita (antes de su constitución) en el registro general de garantías reales o en un registro especializado o anotada en un certificado de titularidad y una garantía real (constituida y) hecha oponible a terceros, ganará la primera garantía inscrita o eficaz frente a terceros.

Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario también se aclarará que si una garantía real no es eficaz frente a terceros, no se planteará ningún conflicto de prelación y, por consiguiente, esas garantías reales tendrán el mismo grado de prelación. En el comentario se explicará también que la recomendación 64 es aplicable a un conflicto entre dos garantías reales sobre los mismos bienes gravados (en cuanto a si debería ser aplicable a los conflictos con compradores o con un acreedor judicial, véase la nota que figura a continuación de la recomendación 68 bis).

Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario también se explicará que las razones por las cuales una garantía real inscrita antes de su constitución gozará de prelación a partir de la fecha de la inscripción son el deseo de fomentar las inscripciones anticipadas (con las que se notifica a los terceros) y de dar seguridad a los acreedores garantizados permitiéndoles determinar la prelación de sus garantías reales antes de conceder crédito. Esta razón no es aplicable a la posesión anticipada. Además, esa regla no sería necesaria con respecto a los títulos negociables y a los documentos negociables, dado que su posesión les confiere una prelación superior que la que se obtiene mediante la inscripción registral (véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.2, recomendación 74, y A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.3, recomendaciones 80 y 81). En cuanto a otros bienes corporales, se asume que la posesión anticipada no suele darse (la entrega de la posesión se basará siempre en un acuerdo relativo a la garantía real). En consecuencia, no se introduce ninguna regla general del tenor de la recomendación 64 con respecto a la posesión anticipada. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si existen prácticas de financiación sustanciales en las que el acreedor garantizado pueda tomar posesión de los bienes gravados antes de tal acuerdo y, de ser ese el caso, si el acreedor garantizado que tomó posesión por

anticipado debería gozar de prelación a partir de ese momento (véase A/CN.9/593, párr. 68).]

Prelación de una garantía o de otros derechos inscritos en un registro especializado o anotados en un certificado de titularidad

65. El régimen debería disponer que una garantía real sobre bienes muebles que se haya hecho oponible a terceros conforme a lo dispuesto en la recomendación 40 [véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.5] gozará de prelación sobre [i)] una garantía real sobre el mismo bien respecto de la cual se haya inscrito una notificación en el registro general de garantías reales o que haya adquirido eficacia frente a terceros mediante cualquier otro modo independientemente del orden cronológico [, ii) una garantía real que subsiguientemente se haya inscrito en el registro especializado o se haya anotado en un certificado de titularidad].

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que la recomendación 65 no es aplicable a la prelación de garantías reales sobre bienes inmuebles por destino o bienes incorporados. Las recomendaciones 82 y 83 se aplican a los bienes incorporados a bienes inmuebles; la recomendación 84 es aplicable a los bienes incorporados a bienes muebles a reserva de una inscripción en un sistema de registro especializado, y la recomendación 84* bis *se aplica a los bienes incorporados a bienes muebles.*]

Continuidad en la prelación

66. El régimen debería disponer que la prelación de una garantía real es continua a pesar de que se modifique el método por el que se haga oponible a terceros, siempre y cuando no haya ningún momento en que la garantía real deje de ser eficaz frente a terceros.

66 *bis*. El régimen debería disponer que si una garantía real se ha inscrito conforme a las recomendaciones 35 y 54 o se ha hecho oponible a terceros conforme a las recomendaciones 35 o 36 y si subsiguientemente hay un período en el que la garantía real no esté inscrita ni sea eficaz frente a terceros, la garantía real tendrá prelación lo antes posible a partir de que sea inscrita o de que adquiera eficacia frente a terceros.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en virtud de las recomendaciones 38* bis *y* ter *(véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.5), la eficacia frente a terceros es continua y si se produce una solución de continuidad, tendrá vigencia a partir del momento en que se restablezca su validez (véanse también los ejemplos enunciados en la nota correspondiente a la recomendación 38* ter*).*]

Prelación de las garantías reales sobre el producto

67. [*Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recomendación 67.*]

Derechos de los compradores, arrendatarios y licenciatarios de bienes gravados

68. El régimen debería disponer que, una vez que una garantía real haya adquirido eficacia frente a terceros, la garantía continuará gravando los bienes en posesión de un tercero, salvo en el caso específicamente dispuesto en las recomendaciones 68 *bis*, 69 y 69 *bis*.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que la recomendación 68 tiene la finalidad de enunciar la regla de que el acreedor garantizado podrá seguir al bien que esté en manos de un cesionario (droit de suite, una regla enunciada de un modo algo diferente en la recomendación 34* quater*) (véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.5).*]

68 *bis*. El régimen debería disponer que una garantía real que se haga oponible a terceros antes de una venta, un arrendamiento, una concesión de licencia u otra enajenación de los bienes gravados no continuará afectando a los bienes si el otorgante transfiere o arrienda los bienes o concede una licencia sobre ellos libre de la garantía real con la autorización del acreedor garantizado.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que, conforme a la recomendación 64, la inscripción de una notificación antes de la constitución de una garantía real otorga prelación sobre otras garantías reales que (se hayan constituido y) se hayan hecho oponibles a terceros posteriormente. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si esa recomendación debería ser aplicable a los conflictos de prelación entre un acreedor garantizado y un comprador, un arrendatario o un licenciatario de bienes gravados que adquirieran un derecho sobre los bienes después de la inscripción de una notificación pero antes de la constitución efectiva de una garantía real sobre ellos. Cabe considerar que el comprador, el arrendatario o el licenciatario deberían poder tomar los bienes libres de todo gravamen en esas circunstancias sobre la base de que cuando la garantía real se constituya, los bienes gravados ya no serán propiedad del vendedor o estarán sujetos a derechos de posesión o utilización del arrendatario o del licenciatario. El inconveniente de este enfoque radicaría en que entonces el acreedor garantizado podría invocar su acto de inscripción anticipada para preservar su prelación sólo frente a otros acreedores garantizados. Ante nuevos cesionarios, el acreedor garantizado tendría que realizar más indagaciones antes de poder conceder crédito anticipado con seguridad una vez que la garantía real empezara a existir.*

Se plantea un problema similar cuando un acreedor judicial adquiere derechos sobre bienes gravados después de inscribirse anticipadamente la notificación de una garantía real pero antes de que la garantía real quede realmente constituida. Las consideraciones son algo diferentes en este caso, dado que los derechos de un acreedor garantizado no están subordinados a los del acreedor judicial, conforme a las recomendaciones del presente capítulo, hasta que adquiera efectivamente conocimiento de los derechos del acreedor judicial, quedando entonces subordinado para los anticipos hechos después de tener conocimiento de ello. Por consiguiente, si aún no se ha constituido la garantía real cuando el acreedor judicial notifica al acreedor garantizado sus derechos, el acreedor garantizado puede protegerse ya sea pidiendo al otorgante que cumpla lo juzgado o reduciendo el crédito que el acreedor garantizado tiene previsto conceder. Cabría adoptar una regla similar para otros compradores que

intervinieran posteriormente. Según este enfoque, un comprador, un licenciatario o un arrendatario de bienes quedarían libres del gravamen de la garantía real previamente constituida pero que aún no se hubiera materializado, siempre y cuando el acreedor garantizado tuviera conocimiento de la venta, del arrendamiento o de la concesión de la licencia. Los compradores, arrendatarios y licenciatarios podrían entonces protegerse notificando su operación en vez de tener que obtener del acreedor garantizado una renuncia positiva a la prelación. Del mismo modo, el acreedor garantizado estaría protegido porque tendría efectivamente conocimiento de la operación en curso antes de concertar el acuerdo de garantía.

El Grupo de Trabajo tal vez desee también tomar nota de que la aplicación de la regla enunciada en la recomendación 68 bis *requiere una comparación de la fecha en la que la garantía real adquirió eficacia frente a terceros con la fecha de la venta, del arrendamiento o de la concesión de licencia respecto del bien gravado. Si bien la fecha en que la garantía real adquiere eficacia frente a terceros suele ser obvia (pues los archivos del registro revelarán en qué momento se inscribió una notificación), puede que no esté claro el momento en que se produjo una venta. Por ejemplo, puede haberse concertado un contrato de venta de mercancías que sean bienes gravados entre el otorgante/vendedor y el comprador el día 1; el día 2 puede haberse enviado la mercancía al comprador (ya sea porque el contrato preveía el transporte en esa fecha o por alguna otra razón); el comprador puede haber recibido las mercancías el día 3, y el comprador puede haberlas pagado el día 4; conforme al derecho aplicable, la venta efectuada por el otorgante/vendedor al comprador puede haberse producido en cualquiera de esas fechas o incluso en otra. Para aplicar la regla enunciada en la recomendación 68 es preciso saber cuál de esas fechas es la fecha en que tuvo lugar la venta, porque la fecha en que la garantía real había adquirido eficacia frente a terceros podría ser anterior a alguna de esas fechas pero no a todas. Así pues, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si la recomendación 68* bis *(o el comentario que la acompaña) deberían prever una orientación suplementaria para determinar en qué fecha debe considerarse que se produjo la venta a efectos de determinar la situación de los derechos del comprador respecto de las mercancías frente al acreedor garantizado. En el comentario se aclarará también qué, si el otorgante de un bien lo vende con retención de titularidad, el comprador lo adquirirá sin tal titularidad cuando pague el precio. Antes de ello, el vendedor con retención de titularidad tendrá los derechos de un propietario (o de un acreedor garantizado, según si se ha seguido un enfoque unitario o no unitario (véase A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5).*]

69. El régimen también debería disponer que:

a) Un comprador de existencias que compre existencias gravadas en el curso ordinario de los negocios del vendedor adquirirá las existencias libres del gravamen de la garantía real, aun cuando el comprador tenga conocimiento de dicha garantía real;

b) Un arrendatario que alquile bienes muebles en el curso ordinario de los negocios del arrendador adquirirá sus derechos conforme al arrendamiento libres del gravamen de la garantía real sobre esos bienes, aun cuando el arrendatario tenga conocimiento de la existencia de la garantía real; y

c) Un licenciatario al que el licenciador conceda una licencia no exclusiva en el curso ordinario de sus negocios adquirirá sus derechos conforme a dicha concesión libres de la garantía real sobre los bienes arrendados que sea eficaz frente a terceros, aun cuando el licenciatario tenga conocimiento de la existencia de la garantía real.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee también recomendar que todo comprador de artículos de consumo [de bajo valor] que no tenga conocimiento de una garantía real sobre los bienes debería adquirir la propiedad sobre ellos libre de todo gravamen. A este respecto, el Grupo de Trabajo tal vez desee tener en cuenta que esos compradores no dispondrían de ningún medio para averiguar la existencia de una garantía real sobre los bienes ya que, conforme a las recomendaciones 36 b) (véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.5) y 128 (véase A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5), las garantías sin fines de adquisición sobre bienes de consumo de bajo valor y las garantías reales con fines de adquisición sobre bienes de consumo no son de inscripción obligatoria (véase A/CN.9/593, párr. 77).*]

69 *bis*. El régimen debería disponer que si una persona adquiere un derecho sobre bienes gravados libres de todo gravamen, la persona que subsiguientemente adquiera un derecho sobre esos bienes de dicha persona también adquirirá la propiedad libre de todo gravamen.

Prelación de los créditos privilegiados

70. El régimen debería limitar tanto el número como el importe de los créditos preferentes que nazcan en virtud de la ley y que tengan prelación sobre las garantías reales y, en la medida en que existan créditos privilegiados, estos deberían describirse en el régimen de forma clara y específica.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si los compradores, arrendatarios y licenciatarios deberían adquirir sus derechos libres de todo crédito privilegiado. Dado que esta cuestión no plantea ningún conflicto de prelación con una garantía real, podría abordarse en el comentario.*]

Prelación de los derechos de los acreedores judiciales

71. El régimen debería disponer que [, salvo en lo dispuesto en la recomendación 130 *bis*,] una garantía real tendrá prelación sobre los derechos de un acreedor garantizado que ejecute su garantía, siempre y cuando ésta haya adquirido eficacia frente a terceros antes de que el acreedor garantizado ejecutante [, en virtud de una ley distinta del presente régimen,] obtuviera una sentencia o una medida judicial cautelar contra el otorgante y hubiera adoptado las medidas necesarias para adquirir los derechos sobre los bienes del otorgante en virtud de la sentencia o de la orden judicial cautelar. La prelación de la garantía real se hace extensiva al crédito concedido por el acreedor garantizado durante un número especificado de días después de que el acreedor garantizado haya tenido conocimiento de la existencia de los derechos del acreedor garantizado ejecutante sobre los bienes, pero no se hace extensiva al crédito concedido tras la expiración de dicho período.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar: i) si es posible que una garantía real sobre un determinado bien adquiera eficacia frente a terceros al mismo tiempo que un acreedor no garantizado adquiera, en*

virtud de una sentencia o de una orden judicial cautelar, un derecho sobre dicho bien y ii) en tal caso, cuál de esos derechos tendrá prelación sobre el otro.

El problema reviste suma importancia en el caso de una garantía real sobre bienes futuros de un otorgante. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar el siguiente ejemplo. Un acreedor garantizado constituye una garantía real sobre todos los bienes presentes y futuros del otorgante y le adelanta crédito. El acreedor garantizado inscribe en el registro una notificación que abarca los bienes presentes y futuros. Subsiguientemente, en virtud de una ley distinta del régimen de las operaciones garantizadas, un acreedor no garantizado del otorgante obtiene una sentencia o una orden judicial cautelar que le da un derecho sobre los bienes presentes y futuros del otorgante. Más adelante, el otorgante compra y recibe nuevos bienes. En este momento, el otorgante adquiere derechos sobre esos bienes y queda constituida una garantía real sobre ellos y, a causa de la inscripción anterior de la notificación, la garantía real adquiere inmediatamente eficacia frente a terceros. Al mismo tiempo, el acreedor no garantizado obtiene un derecho sobre esos bienes en virtud de la sentencia o de la orden judicial cautelar por la que se otorga ese derecho. El actual proyecto de recomendación 71 dispone que el derecho del acreedor no garantizado tiene prelación sobre la garantía real del acreedor garantizado.

El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si en tales casos debería ser el acreedor garantizado quien tuviera prelación, y no el acreedor no garantizado. Este resultado parecería fomentar los objetivos de la Guía de dar una mayor certeza o seguridad al acreedor garantizado con miras a que se concediera más crédito a bajo costo. Este resultado podría conseguirse fácilmente sin remodelar totalmente la recomendación 71 y agregando en la primera frase las palabras "al mismo tiempo que o" inmediatamente antes de las palabras "antes del acreedor no garantizado ejecutante".

El Grupo de Trabajo tal vez desee también estudiar si debería introducirse una excepción en esta recomendación para las garantías reales con fines de adquisición que se hicieran oponibles a terceros durante el período de gracia pertinente (véase la recomendación 130 bis *en A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5). Las garantías reales con fines de adquisición que adquirieran eficacia frente a terceros durante el período de gracia pertinente no deberían quedar subordinadas al acreedor judicial descrito en la presente recomendación, cuyo derecho sobre el bien gravado hubiera nacido después de la constitución de la garantía real pero antes de que ésta hubiera adquirido eficacia frente a terceros. Si este no fuera el caso, la utilización del período de gracia sería una vía demasiado arriesgada para los financiadores de adquisiciones.*

Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que la prelación prevista en la recomendación 71 no se hace extensiva al crédito prometido pero no concedido antes de que el acreedor judicial tome las medidas necesarias para adquirir derechos sobre los bienes gravados. Este enfoque se basa en la suposición de que la sentencia se producirá a causa de un incumplimiento de las condiciones del crédito que permitirán al acreedor garantizado dejar de conceder crédito.

En el comentario se explicarán asimismo las repercusiones de esta recomendación sobre ciertas prácticas en las que el acuerdo de crédito no prevé el supuesto de un incumplimiento, como por ejemplo, el compromiso consistente en una promesa independiente en que el emisor no puede revocar la promesa independiente si ésta no permite su revocación a consecuencia de una sentencia contra los bienes que respaldan la obligación del otorgante de reembolsar al emisor el pago en virtud de una promesa independiente.

Además, en el comentario se explicará que, si la prelación estuviera limitada a una cantidad mencionada en la notificación inscrita en el registro, la cuestión podría resolverse, dado que se dispondría de los bienes restantes del acreedor garantizado para el pago de los créditos de los acreedores no garantizados (véase A/CN.9/593, párrs. 80 a 82). En el comentario también se dará orientación sobre la duración del período mencionado en la presente recomendación.]

Prelación de los derechos sobre bienes para mejorar, almacenar o transportar los bienes

72. Si una ley distinta del presente régimen otorga derechos equivalentes a garantías reales a un acreedor que ha agregado valor a los bienes (por ejemplo, reparándolos), o que ha preservado su valor (por ejemplo, almacenándolos o transportándolos), esos derechos se limitarán a los bienes cuyo valor haya sido incrementado o que hayan sido preservados y que estén en posesión de ese acreedor hasta un nivel equivalente al valor agregado o preservado, y tendrán prelación sobre las garantías reales preexistentes sobre los bienes.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que si se limita la prelación dada a los créditos de almacenamiento y reparación sobre las garantías reales por referencia al valor que se haya agregado a los bienes gravados o que se haya preservado, puede generase una carga probatoria difícil y costosa para los reparadores, los almacenadores o los transportistas. El Grupo de Trabajo tal vez desee hacer referencia en su lugar al valor (o al valor razonable) de los servicios de reparación, transporte o almacenamiento prestados con respecto a los bienes gravados. Otra posibilidad consistiría en hacer referencia a los gastos razonables del reparador, del almacenador o del transportista. Estas enmiendas todavía asegurarían que la prelación del reparador, del almacenador o del transportista se limita a los servicios prestados con respecto a los bienes gravados pero permitirían evitar difíciles cuestiones probatorias con respecto al valor relativo de los bienes gravados antes y después de que se prestaran los servicios.*]

Prelación de los derechos de reclamación

73. Si una ley distinta del presente régimen dispone que los proveedores de bienes tienen derecho a reclamar los bienes, el régimen debería disponer que el derecho a reclamar los bienes estará subordinado a las garantías reales sobre dichos bienes.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que la recomendación 73 instituye una norma de derecho mercantil encaminada a otorgar prioridad a los acreedores garantizados sobre los créditos reclamados. Estos créditos pueden surgir en virtud de la ley en caso de incumplimiento o de insolvencia financiera del otorgante. Si se ha iniciado un procedimiento de insolvencia, el régimen de la insolvencia aplicable determinará*

el grado en que los acreedores garantizados y los reclamantes verán sus derechos suspendidos o afectados de algún otro modo (véanse las recomendaciones 39 a 51 de la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia). No obstante, la regla de prelación establecida en la presente recomendación no se vería afectada por un procedimiento de insolvencia (véase A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.3, proyecto de recomendación adicional 1). En el comentario se explicará también, en beneficio de los Estados que adopten un enfoque no unitario, que el derecho de reclamación no incluye la retención de la titularidad.]

Prelación de los derechos de los acreedores en procedimientos de insolvencia

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Véase la recomendación 1 en las recomendaciones de la Guía sobre la Insolvencia (A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.3): "El régimen de la insolvencia debería especificar que, si un derecho garantizado tiene prelación conforme a una regla de derecho distinta del régimen de la insolvencia, esa prelación seguirá intacta en el procedimiento de insolvencia excepto si, conforme al régimen de la insolvencia, se da prelación a otro crédito. Estas excepciones deberán reducirse al mínimo y enunciarse claramente en el régimen de la insolvencia. Esta recomendación se subordina a la recomendación 88 de la Guía de la Insolvencia".*]

Prelación de las garantías reales sobre títulos negociables

74. [*Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.2, recomendación 74.*]

Prelación de las garantías reales sobre derechos a cobrar el producto de promesas independientes

75. [*Véase A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.2, recomendación 62.*]

Prelación de las garantías reales sobre cuentas bancarias

76. [*Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.1, recomendación 76.*]

77. [*Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.1, recomendación 77.*]

78. [*Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.1, recomendación 78.*]

Prelación de las garantías reales sobre dinero

79. El régimen debería disponer que una persona que obtenga la posesión de dinero que esté sujeto a una garantía real dispondrá del dinero sin estar sujeto al gravamen de dicha garantía real, aunque el dinero consista en los bienes originalmente gravados o en su producto, a menos que esa persona actúe en colusión con el cedente para privar al acreedor garantizado de su garantía real sobre el dinero. Esta recomendación no va en detrimento de los derechos de los tenedores de dinero en virtud de un régimen distinto del presente régimen.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que la recomendación 79 tiene la finalidad de promover el importante objetivo de maximizar la negociabilidad del dinero, limitándola sólo cuando sea necesario para proteger al tenedor de la garantía real sobre el dinero frente a toda colusión entre un cesionario de dinero y su cedente. Se pretende que esta recomendación se armonice con la*

recomendación 78, relativa a las garantías reales sobre los fondos transferidos de una cuenta bancaria.

El Grupo de Trabajo tal vez desee también tomar nota de que en el comentario se aclarará que el término "dinero" en la Guía se refiere única y exclusivamente a moneda de curso legal, es decir, a la moneda que esté en uso como medio de intercambio autorizada por un gobierno. Existen otros tipos de propiedad que se califican informalmente de dinero, pero no se considerarán como tal a los efectos de la Guía. Por ejemplo, si una persona deposita moneda de curso legal en su propia cuenta bancaria, se la denomina a menudo dinero bancario (o dinero en efectivo en el banco), pero el bien del depositante ya no es dinero sino que, en virtud de la Guía, son "fondos acreditados en una cuenta bancaria", y el crédito del depositante frente al banco se conoce en la Guía como "derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria". Del mismo modo, al depositarse un cheque, el bien del depositario deja de ser un título negociable y se convierte en fondos acreditados en una cuenta bancaria. Además, el dinero de un comerciante o coleccionista de monedas tampoco constituye "dinero" en el sentido de la Guía.

En la Guía se entienden las garantías reales sobre dinero como los bienes inicialmente gravados y también como el producto de otra forma de bien gravado. Un ejemplo de esto último sería el recibo, emitido por un vendedor que haya constituido una garantía real sobre sus créditos por cobrar, del pago de sus facturas pendientes en moneda (no mediante cheque ni mediante transferencia electrónica de fondos). En virtud de la Guía, el dinero en manos del vendedor sería el producto del crédito del vendedor y el acreedor garantizado tendría una garantía real sobre el dinero como producto. Del mismo modo, si una persona que ha constituido una garantía real sobre un bien de equipo lo vende a una persona que lo paga en efectivo, el dinero que está en manos del vendedor constituye el producto del bien de equipo y está sujeto a la garantía real.

Al igual que el dinero, los fondos acreditados en una cuenta bancaria pueden estar sujetos a garantías reales, ya sea como un bien gravado original o como producto. Mientras que la moneda de curso legal y los cheques estaban sujetos a una garantía real en favor del acreedor del depositante, los fondos acreditados en la cuenta bancaria serían en ambos casos el producto del bien gravado preexistente (el dinero o el título negociable). Si el crédito a favor de la cuenta bancaria del depositario proviene de una transferencia electrónica de fondos efectuada por un tercero como pago de un crédito adeudado por el transmisor al depositante, los fondos acreditados en la cuenta bancaria serían el producto del bien gravado preexistente (el crédito por cobrar).

Cada una de las disposiciones de la Guía, por ejemplo, las reglas de constitución de garantías, eficacia frente a terceros, prelación, etc., es aplicable a todos los bienes gravados, salvo que una regla especial regule un determinado tipo de bien. Así pues, es siempre necesario cerciorarse de si existe una regla especial respecto del dinero o del derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria.

Como ejemplo importante de una regla especial cabe citar la que rige los derechos de un cesionario de i) dinero que, cuando estaba en manos del cedente, estaba sujeto a una garantía real, y ii) fondos que hayan sido transferidos de una cuenta bancaria en la que dichos fondos, cuando eran propiedad del cedente y

estaban acreditados en esa cuenta bancaria, estaban sujetos a una garantía real. Dada la necesidad de preservar la negociabilidad del dinero y de los fondos transferidos de cuentas bancarias, en la Guía se prevén reglas especiales para proteger a los cesionarios de tales bienes.

En relación con el dinero y los fondos acreditados en una cuenta bancaria, es importante centrar la atención en si la cuestión concierne a i) esos dos bienes como propiedad del otorgante o ii) los derechos de terceros cesionarios del otorgante de dinero o de fondos transferidos de la cuenta bancaria del otorgante. En el párrafo anterior, en que se aborda la regla que rige los derechos de los cesionarios (la segunda categoría) se ilustra esta distinción. Se diferencia de la regla (la primera categoría) que rige un conflicto de prelación entre una garantía real sobre dinero o sobre fondos acreditados en una cuenta bancaria frente a un reclamante concurrente cuando el otorgante aún tenga la propiedad del bien gravado (es decir, cuando aún no lo haya transferido).]

Prelación de las garantías reales sobre documentos negociables

80. [*Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.3, recomendación 80*.]

81. [*Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.3, recomendación 81*.]

Prelación de las garantías reales sobre bienes incorporados a bienes inmuebles (bienes inmuebles por destino)

82. [*Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recomendación 82*.]

83. [*Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recomendación 83*.]

Prelación de las garantías reales sobre bienes incorporados a bienes muebles sujetos a inscripción en un registro especializado o a un sistema de certificados de titularidad

84. [*Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recomendación 84*.]

84 *bis*. [*Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recomendación 84* bis.]

Prelación de las garantías reales sobre masas de bienes o productos

85. [*Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recomendación 85*.]

85 *bis*. [*Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recomendación 85* bis.]

85 *ter*. [*Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recomendación 85* ter.]

A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7

Recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

ADICIÓN

ÍNDICE

		Recomendaciones
I.	Objetivos clave	1
II.	Ámbito de aplicación	2-4
III.	Prácticas básicas en materia de garantías reales	5-6
IV.	Constitución de la garantía real (validez entre las partes)	7-34

Recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

I. Objetivos clave

Finalidad

Las recomendaciones sobre objetivos clave tienen por finalidad proporcionar un marco general para el establecimiento y el desarrollo de un régimen de las operaciones garantizadas eficiente y eficaz. Cabría colocar esas recomendaciones en un preámbulo del régimen de las operaciones garantizadas (en lo sucesivo denominado "el régimen") para que den a conocer los principios en los que se inspira y que habrán de tenerse en cuenta al interpretarlo.

Objetivos clave

1. Deberían examinarse los siguientes objetivos clave:

a) Facilitar la concesión de crédito financiero garantizado;

b) Permitir el pleno aprovechamiento del valor inherente a los bienes gravables para obtener crédito financiero a través de una amplia gama de operaciones crediticias;

c) Facilitar a los interesados la obtención de garantías reales por alguna vía sencilla y eficiente;

d) Reconocer la autonomía contractual de las partes;

e) Tratar a todas las fuentes de crédito por igual;

f) Reconocer la validez de las garantías reales sin desplazamiento;

g) Fomentar comportamientos responsables exigiendo que toda parte obre con transparencia y previsibilidad;

h) Establecer un orden de prelación claro y previsible;

i) Facilitar la realización de toda garantía real de un acreedor de forma previsible y eficiente;

j) Compaginar los intereses de las personas que puedan verse afectadas; y

k) Armonizar los diversos regímenes legales de las operaciones garantizadas, así como sus reglas de conflicto de leyes.

II. Ámbito de aplicación

Finalidad

La finalidad de las disposiciones sobre el ámbito de aplicación del régimen será precisar quiénes son las partes interesadas, y cuáles son las garantías reales, las obligaciones garantizadas y los bienes gravables a los que será aplicable.

Partes interesadas, garantías reales, obligaciones garantizadas y bienes gravables a los que será aplicable

2. El régimen debería ser aplicable a toda parte en un acuerdo constitutivo de una garantía real, así como a todo tipo de garantía real, obligación garantizada y bien gravable. Toda excepción prevista debería ser limitada y estar claramente especificada en el régimen.

3. En particular, el régimen debería disponer que será aplicable a:

a) Toda persona física y jurídica, incluidos los consumidores, sin menoscabar, no obstante, derecho alguno que esté amparado por la legislación protectora del consumidor;

b) Todo derecho real nacido de un contrato por el que se garantice cualquier tipo de obligación, aun cuando sean obligaciones futuras o de monto fluctuante y aun cuando estén descritas en términos genéricos;

c) Las garantías reales con desplazamiento o sin desplazamiento del bien gravado constituidas sobre bienes muebles y accesorios fijos de otros bienes que respalden algún pago u otro acto de cumplimiento de una o más obligaciones, presentes o futuras, y determinadas o por determinar;

d) Todo tipo de bienes muebles o de accesorios fijos, corporales o inmateriales, actuales o futuros que no se hayan excluido expresamente del ámbito de aplicación del régimen, incluidas las existencias, los bienes de equipo y otras mercancías, los créditos por cobrar, los títulos negociables, los documentos negociables, los fondos acreditados en una cuenta bancaria, el derecho al cobro del producto de una promesa independiente y los derechos de propiedad intelectual;

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez deba examinarse si procede sustituir alguno de los términos actualmente utilizados en todo el proyecto de guía por términos como "garantía sobre el producto de una promesa independiente" y "garantía sobre una cuenta bancaria". El término "garantía sobre el producto de una promesa independiente" denota que el bien gravado no es el derecho al cobro de una promesa independiente o el propio producto de dicha promesa y es más breve que el término actual. El término "garantía sobre una cuenta bancaria"*

denota igualmente mejor que el bien gravado no es la propia relación entre el cliente y su banco.]

e) Las garantías reales adquiridas por transferencia de la titularidad y todo otro tipo de derecho real que garantice el pago o alguna otra forma de cumplimiento de una o más obligaciones, independientemente de la forma de la operación de que se trate y de que el propietario de los bienes gravados sea el acreedor garantizado o el otorgante, incluidas las diversas formas de acuerdos de retención de la titularidad, de arrendamiento financiero o de arrendamiento con opción de compra; y

f) Toda transferencia pura y simple en general;

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez deba señalarse que la definición "crédito por cobrar" en el párr. 21 o) del A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1 excluye el derecho al cobro de un título negociable, la obligación de pago de una promesa independiente y la obligación asumida por un banco de pagar los fondos acreditados en toda cuenta bancaria. De resultas de ello, la recomendación 3 f) no será aplicable ni a una cesión incondicional de un título negociable, ni a una promesa independiente ni a un derecho al cobro de los fondos acreditados en una cuenta bancaria. Ahora bien, las recomendaciones sí serán aplicables a toda transferencia de dichos bienes para fines de garantía, ya que dicha finalidad hace que la transferencia pase a ser una operación garantizada. Por ejemplo, la transferencia para fines de garantía de un derecho al cobro de los fondos depositados en una cuenta bancaria, pasará a ser objeto de la recomendación en su calidad de método para obtener el control (véase la definición de "control" en A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.1). Respecto de si la transferencia pura y simple de un título negociable debe ser objeto del régimen previsto en el proyecto de guía, véase la nota que sigue a la recomendación 3 f) en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.26*.]

g) [Ciertos tipos de bienes sujetos a un requisito de inscripción en un registro especial o de anotación en un certificado de titularidad, así como otros métodos de dotar a la garantía de validez u oponibilidad frente a terceros con arreglo a alguna ley especial (tales como una anotación en libros o un acuerdo de control), como sería el caso de los valores bursátiles o de los bienes inmuebles,] así como las aeronaves, los buques y sus accesorios fijos en la medida en que las recomendaciones de la presente ley no sean incompatibles con el derecho interno por lo demás aplicable a estas categorías de bienes o con las obligaciones internacionales del Estado a dicho respecto. De existir alguna incompatibilidad directa, el régimen legal interno de las operaciones garantizadas deberá confirmar expresamente que, en la medida de esa incompatibilidad, dichos bienes se regirán por la ley o las obligaciones internacionales del Estado que les sean por lo demás aplicables;

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez deba recordarse que los valores bursátiles y los bienes inmuebles están excluidos del ámbito de aplicación del proyecto de guía a título de bienes originariamente gravados (véase la recomendación 4 a) y b)* infra*). Ahora bien, esos bienes pueden ser objeto de las recomendaciones del proyecto de guía en dos supuestos*.

En primer lugar, si una garantía real sobre valores bursátiles o una hipoteca garantiza el pago de un crédito por cobrar, de un título negociable o de alguna otra obligación, y el crédito por cobrar es objeto de una cesión, la garantía real sobre los valores bursátiles o la hipoteca deberán seguir al crédito por cobrar cedido.

Esta regla no menoscaba ningún derecho de un tercero, ni los requisitos existentes en materia de prelación o de realización de la garantía con arreglo al derecho aplicable a los títulos valores o a los bienes inmuebles (véase la recomendación 16 en A/CN.9/WG.VI/WP.26). Por ejemplo, gozará de prelación toda garantía real sobre valores bursátiles intermediados que se haya hecho oponible frente a terceros mediante una anotación en libros o mediante un acuerdo de control negociado con arreglo al régimen legal de los títulos valores. Este sería el resultado a tenor de los artículos 5 3) y 10 1) del proyecto de convenio del UNIDROIT sobre el régimen sustantivo aplicable en materia de valores bursátiles intermediados (véase Study LXXVIII-Doc. 42, March 2006).

Cabe también que los valores bursátiles o los bienes inmuebles se vean afectados por las recomendaciones del proyecto de guía, en todo supuesto en el que pasen a ser el producto reportado por un bien gravado al que sea aplicable el proyecto de guía (por ejemplo, si son el producto de las existencias gravadas o de los fondos acreditados en una cuenta bancaria que esté gravada). En esos supuestos, la garantía real constituida sobre el bien originariamente gravado pasará a recaer sobre el producto reportado por dicho bien (véanse las recomendaciones 29 y 30 en A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4). Se está debatiendo actualmente acerca de si la validez frente a terceros de una garantía real así constituida sobre el producto requiere algún acto adicional para que sea oponible a terceros (véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recomendaciones 41 y 41 bis*). Ahora bien, cualquiera que sea el resultado del debate actual sobre las recomendaciones 41 y 41* bis*, si el producto está en forma de un bien al que no sean aplicables las recomendaciones del proyecto de guía, cabe prever que, con arreglo al derecho por lo demás aplicable, haga falta algún otro acto para que la garantía real sea oponible a terceros.*

A fin de reflejar mejor el hecho de que tanto los valores bursátiles como los bienes inmuebles pueden verse afectados por la Guía, tal vez proceda examinar si debería condicionarse su exclusión conforme al texto que aparece entre corchetes en la recomendación 3 g) en vez de excluirlos sin más con arreglo al texto de la recomendación 4 a) y b).

De adoptar el Grupo de Trabajo este criterio, tal vez haya de ampliarse el texto de la recomendación 40 para prever otros métodos de hacer una garantía oponible frente a terceros, que no sean únicamente la inscripción en un registro especializado o la anotación en un certificado de titularidad (por ejemplo, una anotación en libros o un acuerdo de control) y tal vez convenga enunciar una nueva recomendación que, en términos similares a los de las recomendaciones 83 y 85, salvaguarde la prelación de toda garantía que se haya hecho oponible a terceros por alguno de estos métodos especiales.

Tal enfoque sería coherente con el adoptado en el proyecto de guía respecto de los accesorios fijos de bienes inmuebles o de los accesorios fijos de bienes muebles sujetos a inscripción en un registro especializado o en un certificado de titularidad (véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recomendaciones 46, 46 bis*, 82, 83, 84 y 84* bis*), con arreglo al cual toda garantía real sobre un accesorio fijo de un inmueble, o sobre un accesorio fijo de un bien mueble sujeto a inscripción en un registro especializado o en un certificado de titularidad, quedará subordinada a toda otra garantía real constituida sobre dicho inmueble o sobre dicho bien mueble, salvo que la garantía real sobre el accesorio fijo haya sido inscrita en primer lugar*

en el registro de la propiedad o en el registro especializado, o salvo que haya sido anotada en el correspondiente certificado de titularidad.

Dicho enfoque sería además coherente con el del proyecto de convenio del UNIDROIT, cuyo artículo 10 1) dispone que toda garantía real sobre valores bursátiles (a título de bien gravado originario o de producto reportado por dicho bien), que se haya hecho oponible a terceros con arreglo al proyecto de convenio, gozará de prelación sobre toda otra garantía real que se haya hecho oponible con arreglo al derecho por lo demás aplicable al margen del convenio (es decir, con arreglo al régimen legal al que remitan las recomendaciones del proyecto de guía). La razón de ser de este enfoque es que el sistema basado en la anotación en libros o en el acuerdo de control previsto por dicho proyecto de convenio perdería fiabilidad si una garantía real sobre valores bursátiles intermediados, constituida y dotada de validez frente a terceros con arreglo al derecho por lo demás aplicable, fuera a gozar de prioridad sobre una garantía real que se rigiera por el convenio.

Además, este enfoque evitaría que se excluyera del ámbito de aplicación de la guía a los valores que obren directamente en poder de su titular, en la medida en que no estén sujetos a ningún régimen legal especial (ni siquiera les es aplicable a dichos valores el proyecto de convenio del UNIDROIT). Se eliminaría así toda laguna respecto de, por ejemplo, las garantías constituidas sobre las acciones de una filial que obren en poder de la sociedad matriz, a las que se recurre para garantizar muchas operaciones de préstamo mercantil.

El proyecto de guía será aplicable, por otra parte, a las garantías reales sobre el cobro del producto de una promesa independiente, pero no será, en cambio, aplicable a las garantías reales constituidas sobre una promesa independiente. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si debe enunciarse este hecho explícitamente en las recomendaciones. Cabría hacerlo por medio de una exclusión condicionada en la recomendación 3 g) que dijera "y a las promesas independientes en la medida en que las recomendaciones del presente régimen no sean incompatibles con alguna ley o práctica especial que les sea aplicable". En todo caso, el comentario debería explicar que, si un bien por lo demás ajeno al ámbito de las recomendaciones del proyecto de guía pasa a ser objeto de ellas, por constituir el producto reportado por un bien que caiga dentro del ámbito de aplicación del proyecto de guía o por garantizar el pago o alguna otra forma de cumplimiento de un crédito por cobrar, de un título negociable o de alguna otra obligación que sea objeto del proyecto de guía, la constitución y la oponibilidad de la garantía real, así como los conflictos de leyes concernientes a estas cuestiones, se regirán por las recomendaciones del proyecto de guía, mientras que los derechos de terceros y la realización de la garantía, así como los conflictos de leyes concernientes a esas cuestiones, quedarán sujetos al derecho por lo demás aplicable al margen del proyecto de guía.

Si el Grupo de Trabajo decide retener la exclusión incondicional de las garantías reales sobre valores bursátiles (o sobre valores bursátiles intermediados), así como sobre bienes inmuebles, y agregar la promesa independiente a la lista de la recomendación 4, en vez del texto de las exclusiones condicionadas anteriormente sugeridas, tal vez proceda considerar la inclusión del texto sugerido en la última oración del párrafo anterior en alguna recomendación.]

h) Los derechos de propiedad intelectual en la medida en que las recomendaciones de la presente ley no sean incompatibles con el derecho interno o las obligaciones internacionales del Estado que sean aplicables a dichos bienes. Todo Estado que vaya a promulgar una norma legal de las operaciones garantizadas inspirada en la presente Guía deberá decidir si procede ajustar algunas de las recomendaciones para que resulten aplicables a las garantías reales sobre bienes de propiedad intelectual. A este respecto, todo Estado deberá examinar su derecho interno aplicable a la propiedad intelectual, así como toda obligación que haya asumido en algún tratado, convenio u otro acuerdo internacional sobre propiedad intelectual y, en el supuesto de que las recomendaciones de la presente Guía sean directamente incompatibles con alguna norma legal u obligación internacional del Estado, la nueva norma que dicho Estado promulgue al respecto deberá confirmar expresamente que, dondequiera que haya alguna incompatibilidad, seguirá rigiendo el derecho interno actual y las obligaciones que sean aplicables a la cuestión de que se trate. Al estudiar si procede hacer algún ajuste en las recomendaciones a fin de que resulten más aplicables a las garantías reales sobre bienes de propiedad intelectual, todo Estado deberá analizar a fondo cada caso con miras a dotarse de un régimen eficiente de las operaciones garantizadas que ampare y facilite el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual con arreglo a su propio derecho interno y a lo estatuido en los convenios internacionales en los que sea parte.

4. [Salvo con el alcance limitado previsto en las recomendaciones 16 y 37 relativas a la fianza o a la garantía real otorgada como respaldo de un crédito por cobrar, de un título negociable o de alguna otra obligación que esté dentro del ámbito de aplicación de la guía] el régimen no debería ser aplicable a las garantías reales constituidas sobre:

a) Valores bursátiles;

b) Bienes inmuebles, con excepción de los accesorios fijos de un inmueble;

c) Sueldos y salarios;

d) [Bienes que sean necesarios para la salud o subsistencia básica del otorgante o de algún miembro de su hogar.]

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Respecto de la exclusión incondicional que se hace de los bienes descritos en la recomendación 4 d), el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar sustituirla por una exclusión únicamente aplicable a las recomendaciones enunciadas en el capítulo concerniente a la realización por vía ejecutoria de una garantía. Con arreglo a dicho enfoque, la realización por vía ejecutoria de una garantía real constituida sobre bienes de la categoría descrita en el apartado d) del párrafo 4 estaría sujeta a las mismas exenciones que sean aplicables con arreglo al derecho procesal general a la ejecución de toda garantía judicial reconocida a algún acreedor con una garantía sobre bienes de esa misma categoría (véase la nota de la recomendación 3 g)* supra *y 39* bis *en A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.5). Con independencia de si el Grupo de Trabajo opta a favor de una exclusión condicionada o de una exclusión incondicional de los valores bursátiles y de la propiedad inmueble, cabría retener el texto entre corchetes (véase A/CN.9/603, párr. 21) en la recomendación 4 y cabría tal vez insertarlo además en la recomendación 3 g).*]

III. Prácticas básicas en materia de garantías reales

Finalidad

La finalidad de las recomendaciones sobre prácticas básicas en materia de garantías reales es asegurar que el régimen regule de forma completa y coherente todos los tipos de operaciones que hagan las veces de garantía.

Enfoque global

5. El régimen debería ofrecer un juego completo y coherente de disposiciones que regularan las garantías reales sin desplazamiento sobre bienes corporales e inmateriales.

Enfoque funcional

6. El régimen debería abordar todos los mecanismos que cumplen funciones de garantía como operaciones garantizadas, incluidos la cesión de la titularidad sobre bienes corporales o la cesión de bienes inmateriales a efectos de garantía, la retención de la titularidad, los arrendamientos financieros y los acuerdos de arrendamiento con opción de compra, excepto en la medida en que la recomendación 125 prevea otra cosa [véase A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5].

IV. Constitución de la garantía real (validez entre las partes)

Finalidad

La finalidad de las disposiciones del régimen concernientes a la constitución de una garantía real será especificar cómo se constituye una garantía real sobre bienes muebles (es decir, cómo adquiere validez entre las partes).

Constitución de una garantía real mediante acuerdo

7. El régimen debería especificar que cabrá constituir una garantía real mediante un acuerdo entre el otorgante de la garantía y el acreedor garantizado que figure en un escrito [firmado por el otorgante de conformidad con lo previsto en la recomendación 10] [que deje constancia de la intención del otorgante de conceder una garantía real] o a raíz del cual el otorgante se vea privado de la posesión del bien gravado.

Contenido mínimo del acuerdo de garantía

8. El régimen debería disponer que todo acuerdo constitutivo de una garantía real deberá, cuando menos, identificar al acreedor garantizado y al otorgante y dar una descripción razonable de la obligación garantizada y de los bienes que vayan a quedar gravados. Bastará con que se haya hecho una descripción genérica de la obligación garantizada y de los bienes gravados.

Requisito de forma

9. El régimen debería especificar que toda comunicación electrónica cumplirá con el requisito de la forma escrita siempre y cuando la información que contenga esté accesible para su ulterior consulta (véase el artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico).

10. [El régimen debería especificar también que, salvo disposición en contrario, cuando el régimen requiera la firma de una persona, se dará tal requisito por cumplido, en relación con una comunicación electrónica, si:

a) Se utiliza algún método para identificar a esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información consignada en la comunicación electrónica; y si

b) El método utilizado es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o se cursó la comunicación electrónica, atendidas todas las circunstancias del caso, así como cualquier acuerdo pertinente (véase el artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico).]

Bienes y obligaciones sujetos a un acuerdo de garantía

11. El régimen debería especificar que una garantía real puede garantizar todo tipo de obligaciones, incluidas las obligaciones futuras, las condicionadas y las fluctuantes. También debería especificar que puede constituirse una garantía real sobre todo tipo de bienes, inclusive sobre partes de bienes y derechos indivisos sobre bienes, así como sobre bienes sobre los que el otorgante aún no tenga el dominio o de los que no pueda disponer o los bienes que aún no existan, así como sobre el producto obtenido de ellos. Toda excepción prevista a dichas reglas debería ser limitada y enunciarse claramente en el régimen.

12. El régimen debería especificar que cabrá otorgar una garantía sobre todos los bienes del otorgante.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez deba señalarse que en el comentario se examina un enfoque adoptado en algunos ordenamientos por el que se preserva, en el supuesto de insolvencia de un otorgante de una garantía real sobre todos sus bienes (véase un examen de la garantía real constituida sobre todos los bienes en A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.2, párrs. 20 a 25), cierto porcentaje del valor de los bienes gravados para los acreedores ordinarios (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, párrs. 33 a 35). Ahora bien, por las razones enunciadas en el comentario, el proyecto de guía no recomienda este enfoque (véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.6, relativo a la prelación reconocida a los acreedores en un procedimiento de insolvencia)*.]

Constitución de una garantía real sobre créditos por cobrar

13. [Véanse en A/CN.9/WG.VI/WP.26 las recomendaciones concernientes a los créditos por cobrar.]

Constitución de una garantía real sobre un título negociable

24. [Véanse en A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.2 las recomendaciones concernientes a los títulos negociables.]

Constitución de una garantía real sobre el derecho al cobro del producto de una promesa independiente

25. [Véanse en A/CN.9/WG.VI/WP.24 las recomendaciones concernientes a las promesas independientes.]

Constitución de una garantía real sobre los fondos acreditados en una cuenta bancaria

26. [Véanse en A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.1 las recomendaciones concernientes a los fondos acreditados en una cuenta bancaria.]

Constitución de una garantía real sobre un documento negociable

28. [Véanse en A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.3 las recomendaciones concernientes a los documentos negociables.]

Constitución de una garantía real sobre el producto

29. [Véanse en A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4 las recomendaciones concernientes al producto reportado por el bien gravado.]

Constitución de una garantía real sobre accesorios fijos

31. [Véanse en A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4 las recomendaciones concernientes a los accesorios fijos.]

Constitución de una garantía real sobre masas de bienes o sobre productos acabados

32. [Véanse en A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4 las recomendaciones concernientes a las masas de bienes o productos acabados.]

Momento de constitución de la garantía real

33. El régimen debería disponer que, salvo acuerdo en contrario de las partes, toda garantía real pasará a ser eficaz entre las partes en el momento en que se concluya el acuerdo de garantía o en el momento en que el otorgante se vea privado de la posesión del bien gravado, si esto ocurre antes.

34. El régimen debería disponer que, salvo acuerdo en contrario de las partes, quedará constituida una garantía real sobre bienes futuros en el momento en que el otorgante adquiera su derecho sobre tales bienes o adquiera el derecho a transferir derechos sobre los mismos.

A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.8

Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

ADICIÓN

ÍNDICE

		Párrafos
	Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas	1-14
XI.	Cuestiones de transición	1-14
	A. Observaciones generales (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.8)	1-14
	1. Necesidad de disposiciones transitorias	1-5
	2. Cuestiones que habrán de abordarse en las disposiciones transitorias	6-14
	a. Observaciones generales	6
	b. Validez entre las partes de las garantías constituidas antes de la fecha de entrada en vigor	7
	c. Validez frente a terceros de las garantías constituidas antes de la fecha de entrada en vigor	8-9
	d. Conflictos de prelación	10-13
	e. Controversias sometidas a un tribunal judicial o arbitral	14
	B. Recomendaciones (véase A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.5)	

XI. Cuestiones de transición

A. Observaciones generales (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.8)

1. Necesidad de disposiciones transitorias

1. Las normas incluidas en el nuevo régimen jurídico de las operaciones garantizadas serán diferentes de las que figuran en el régimen anterior. Obviamente, esas diferencias repercutirán en las operaciones garantizadas que se lleven a cabo una vez que se promulgue la nueva legislación. También se deberá tomar en cuenta el efecto que tendrá la nueva legislación sobre las operaciones en curso que se hubiesen concertado antes de la entrada en vigor del nuevo régimen jurídico. A la luz de las diferencias existentes entre el antiguo y el nuevo régimen jurídico y la continuidad de las operaciones y de las garantías reales constituidas en virtud del antiguo régimen legal, es importante, para la eficacia del nuevo régimen, que contenga normas justas y eficaces, que rijan la transición del antiguo al nuevo régimen jurídico. Del mismo modo se requerirán reglas de transición cuando, en virtud de las reglas sobre conflictos de leyes, la ley de un Estado diferente haya regido la constitución, la eficacia frente a terceros o la prelación de una garantía real. Deberán abordarse dos cuestiones referentes a la transición del antiguo al nuevo régimen. En primer lugar, en el nuevo régimen deberá figurar la fecha a partir

de la cual surtirá efectos jurídicos (la "fecha de validez"). En segundo lugar, el nuevo régimen también deberá definir la forma en que, en su caso, será aplicable, tras su entrada en vigor, a todo lo relativo a las operaciones o garantías reales preexistentes a la fecha de validez.

2. Deben analizarse varios factores para determinar la fecha de entrada en vigor de la legislación. Debe compaginarse la rápida obtención de beneficios económicos, que posibilitará la nueva legislación, con la necesidad de evitar la inestabilidad y la perturbación de los mercados que serán regidos por el nuevo régimen jurídico, dando también a los participantes en el mercado un plazo suficiente para adaptar sus operaciones al nuevo régimen, que podrá diferir significativamente del anterior. Por consiguiente, el Estado podrá disponer que el nuevo régimen entrará en vigor en un plazo posterior a su promulgación, a fin de que los mercados y sus participantes puedan ajustar sus operaciones al nuevo régimen jurídico. Al determinar la fecha de entrada en vigor, los Estados deberán analizar: la importancia de la fecha de validez del nuevo régimen para toda decisión de otorgar o no crédito; el aprovechamiento máximo de toda ventaja del nuevo régimen; las medidas de índole reglamentaria, institucional, informativa o de otra índole, o las mejoras de infraestructura que un Estado promulgante deba realizar; la situación imperante en el marco del régimen aún en vigor y las infraestructuras preexistentes; la armonización del nuevo régimen de las operaciones de crédito garantizadas con otras disposiciones legislativas; los límites constitucionales de la retroactividad de la nueva legislación; y las prácticas habitualmente seguidas para fijar convenientemente la entrada en vigor de toda nueva ley (por ejemplo, el primer día de un mes).

3. Dado que las deudas que se encuentran garantizadas con los bienes del otorgante son pagaderas a plazo, probablemente existirán varias garantías constituidas con anterioridad a la fecha de validez que continuarán existiendo hasta esa fecha y con posterioridad a ella, para garantizar las deudas que aún no hayan sido canceladas. Por lo tanto, como se observó más arriba, otra decisión importante que deberá adoptarse respecto de toda nueva legislación es la de la aplicabilidad eventual de ese nuevo régimen legal a las cuestiones relativas a las operaciones concertadas con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen.

4. Un método consistiría en que el nuevo régimen se aplicara sin retroactividad y que, por ende, no fuera aplicable a las operaciones concertadas antes de la fecha de entrada en vigor. Pese a que responde a cierta lógica, en particular respecto de toda cuestión que surja entre el otorgante y el acreedor garantizado, este método daría lugar a notables dificultades, especialmente en lo relativo al orden de prelación. El principal problema radicaría en la necesidad de resolver las cuestiones de prelación entre un acreedor garantizado cuya garantía real se hubiese constituido con anterioridad a la fecha de entrada en vigor y un acreedor garantizado concurrente a favor de quien se hubiera constituido una garantía real sobre el mismo bien pero después de la entrada en vigor del nuevo régimen. Dado que la prelación es un concepto comparativo, y que la misma norma relativa al orden de prelación debe regir las dos garantías reales que se comparan, no sería posible que el antiguo régimen rigiese la prelación de los derechos del acreedor cuya garantía real se hubiera constituido con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen legal y que este último rigiese la prelación de los derechos del acreedor cuya garantía real se hubiera constituido después de tal fecha. Naturalmente, la determinación de la regla de prelación que se aplica a tal conflicto de prelación es

una cuestión que presenta varias dificultades. La eficacia de algunos de los aspectos más importantes del nuevo régimen se vería menoscabada por la aplicación de las normas del antiguo régimen para resolver tales conflictos de prelación, lo que podría retrasar, por un largo período, la obtención de los beneficios económicos derivados del nuevo régimen. Por otra parte, la aplicación de las normas del nuevo régimen a la solución de tales conflictos de prelación podría causar un perjuicio injusto a las partes que actuaran de conformidad con el antiguo régimen y también podría alentar a esas partes a impugnar el nuevo régimen o a abogar por la postergación indebida de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen.

5. Por otra parte, con la aplicación del nuevo régimen a todas las operaciones a partir de la fecha de su entrada en vigor se podría fomentar un mayor grado de certidumbre y una obtención más rápida de los beneficios económicos que se deriven de ese nuevo régimen. Pero tal régimen deberá contar con las "disposiciones transitorias" necesarias para garantizar una transición eficaz sin que se menoscabe el grado de la prelación de las garantías reales constituidas antes de la fecha de su entrada en vigor. Dicho método evitaría los problemas señalados más arriba, y por otra parte fomentaría un justo y eficaz equilibrio entre los derechos de las partes que actuaran de conformidad con el antiguo régimen y aquéllas que actuaron de acuerdo con el nuevo régimen.

2. Cuestiones que habrán de abordarse en las disposiciones transitorias

a. Observaciones generales

6. Habida cuenta de que muchas garantías reales constituidas antes de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen continuarán existiendo después de esa fecha, y dado que pueden entrar en conflicto con las garantías reales constituidas después de la fecha de entrada en vigor de la nueva legislación, es importante que el nuevo régimen contenga disposiciones transitorias claras que determinen en qué medida las nuevas normas se aplicarán a esas garantías preexistentes. Convendría que estas disposiciones transitorias abordaran adecuadamente las firmes expectativas de las partes, así como la necesidad de contar con un marco jurídico de certeza y previsibilidad para concertar operaciones en el futuro. Las disposiciones transitorias deberán determinar cómo se aplicarán las nuevas normas, después de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen, entre las partes en una operación por la que se haya constituido una garantía real antes de la fecha de entrada en vigor de dicho régimen. Tales disposiciones también deberán regular en qué medida las nuevas normas se aplicarán, después de la fecha de su entrada en vigor, a la resolución de conflictos de prelación entre el titular de una garantía real y un acreedor concurrente, cuando la constitución de la garantía real o los derechos del acreedor concurrente sean anteriores a la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen.

b. Validez entre las partes de las garantías constituidas antes de la fecha de entrada en vigor

7. Cuando una garantía real se ha constituido antes de la fecha de entrada en vigor de un nuevo régimen, se plantean dos cuestiones en cuanto a la eficacia de ese derecho entre el otorgante y el acreedor. La primera es la de determinar si una garantía real que no se hubiera constituido válidamente con arreglo al régimen legal anteriormente en vigor, pero que cumpliera todos los requisitos para la constitución de una garantía real en virtud del nuevo régimen, habría de tenerse por válida a

partir de la fecha de la entrada en vigor del nuevo régimen. La segunda cuestión es la de determinar si una garantía real que se hubiera constituido válidamente con arreglo al régimen legal anterior, pero que no cumpliera los requisitos de constitución si se aplicara el nuevo régimen, dejará o no de ser válida entre las partes en la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen. Tal método pondría en evidencia el hecho de que las normas del nuevo régimen relativas a la constitución de garantías engloban la elección de las políticas más recientes de un Estado, al tener en cuenta la protección de las partes en las operaciones, y que, generalmente, las propias partes propugnarán, presumiblemente, la validez de toda operación realizada. Respecto de la primera cuestión, tal vez proceda declarar que esa garantía real será válida a partir de la fecha de validez del nuevo régimen. Respecto de la segunda cuestión, tal vez convenga establecer un plazo de transición, durante el cual la garantía real seguirá surtiendo efecto entre las partes, a fin de permitir que el acreedor adopte las medidas requeridas durante dicho plazo de transición para constituir su garantía con arreglo al nuevo régimen. Al concluir el plazo de transición, de no haberse adoptado tales medidas, la garantía perderá su eficacia con arreglo al nuevo régimen.

c. Validez frente a terceros de las garantías constituidas antes de la fecha de entrada en vigor

8. Se plantean distintas cuestiones en cuanto a la validez frente a terceros de las garantías reales que se hayan constituido antes de la fecha de validez del nuevo régimen. Habida cuenta de que el nuevo régimen incorporará principios de orden público interno relativos a las diligencias que han de cumplirse para que una garantía real surta efecto frente a terceros, convendría que el ámbito de aplicación del nuevo régimen fuera lo más amplio posible. Con todo, quizá no sea razonable suponer que todo acreedor cuya garantía real fuera válida frente a terceros conforme al régimen anterior del Estado (o conforme a la ley del Estado cuya ley rigiera la eficacia frente a terceros en virtud de las reglas sobre conflictos de leyes del antiguo régimen) vaya a cumplir inmediatamente todo requisito suplementario que le imponga el nuevo régimen. Dicha situación sería especialmente onerosa para los acreedores institucionales, que deberían cumplir simultáneamente los requisitos suplementarios exigidos por el nuevo régimen respecto de una gran cantidad de operaciones concertadas antes de la fecha de la entrada en vigor. Un método más conveniente consistiría en que toda garantía real que fuera válida frente a terceros con arreglo al régimen anterior, pero que dejaría de serlo conforme al nuevo régimen, conservara su validez durante un período razonable (prescrito en el nuevo régimen), a fin de dar tiempo al acreedor para cumplir todo requisito adicional que le imponga el nuevo régimen. Al concluir el período de transición, la garantía dejaría de ser válida frente a terceros, a menos que lo fuera también en virtud del nuevo régimen.

9. Si la garantía real no era válida frente a terceros conforme al anterior régimen pero lo sería, con todo, con arreglo al nuevo, esa garantía real debería surtir efecto frente a terceros tan pronto entrara en vigor el nuevo régimen. Una vez más, se presume que la intención de las partes es que la garantía surta efecto entre ellas, mientras que los terceros gozarán de toda la protección otorgada por el nuevo régimen.

d. Conflictos de prelación

10. En el supuesto de un conflicto de prelación, se plantean problemas totalmente distintos, ya que cuando se trata de tales conflictos debe aplicarse, necesariamente, un conjunto de normas a dos (o más) garantías diferentes constituidas en distintos momentos. Un ordenamiento jurídico no puede disponer, sin más, que una norma en materia de prelación vigente en el momento de constituirse una garantía rija la prelación con respecto a esa garantía, puesto que tal norma no daría una solución coherente cuando una de las garantías comparadas hubiera sido constituida conforme al antiguo régimen pero la otra se hubiera constituido conforme al nuevo. Por el contrario, deben existir normas que regulen cada una de las siguientes situaciones: i) cuando las dos garantías reales se hayan constituido después de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen, ii) cuando ambas garantías reales se hayan constituido antes de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen, y iii) cuando una garantía real se haya constituido antes de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen y la otra después de esa fecha.

11. Naturalmente, la situación más sencilla sería un conflicto de prelación entre dos partes cuyas garantías se hubieran constituido después de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen. En tal situación, es evidente que el conflicto se resolvería aplicando las normas del nuevo régimen en materia de prelación.

12. En cambio, si ambas garantías concurrentes se hubieran constituido antes de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen (y, por consiguiente, la prelación relativa de ambas garantías reales sobre los bienes gravados se hubiera establecido con anterioridad a esa fecha) y si, además, no hubiera ocurrido nada (aparte de la fecha de entrada en vigor) que hiciese cambiar la prelación relativa, en aras de la estabilidad de las relaciones convendría que no se modificase la prioridad establecida antes de la fecha de entrada en vigor. Sin embargo, si después de la fecha de entrada en vigor se produjera algún hecho que pudiera haber afectado la prelación incluso en virtud del antiguo régimen (como, por ejemplo, que una de las garantías reales adquiriera eficacia frente a terceros o dejara de tenerla), habría menos motivos para seguir aplicando las antiguas normas para resolver una cuestión de prelación modificada por un hecho posterior a la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen. Por lo tanto, cobra más peso el argumento a favor de que esa situación se rija por las nuevas normas.

13. La situación de transición más compleja es el conflicto de prelación entre una parte con una garantía real constituida antes de la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen y otra parte con una garantía real constituida después de esa fecha. En tal supuesto, si bien conviene que acabe prevaleciendo el nuevo régimen, tal vez proceda aplicar una regla de transición que ampare al acreedor cuya garantía se haya constituido conforme al régimen anterior, dándole tiempo para adoptar toda medida necesaria para preservar su garantía conforme al nuevo régimen. Si esas medidas se adoptan dentro del plazo establecido, el nuevo régimen deberá otorgar a ese acreedor la prelación de que gozaría si el nuevo régimen hubiera estado en vigor en el momento en que se negoció la operación original, adoptándose en ese momento toda medida que fuera del caso.

e. Controversias sometidas a un tribunal judicial o arbitral

14. Cuando una controversia ya se esté dirimiendo ante los tribunales (o por otra vía similar, como el arbitraje) en la fecha de entrada en vigor del nuevo régimen, la introducción de tal régimen no alterará el resultado del litigio, puesto que los derechos de las partes ya estarán suficientemente consolidados. Por consiguiente, esta controversia no debería resolverse aplicando el nuevo régimen.

B. Recomendaciones (véase A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.5)

Finalidad

La finalidad de las disposiciones relativas a la transición es lograr una transición justa y eficiente entre el régimen aplicable antes y después de la promulgación de la ley.

Fecha de entrada en vigor

155. En la ley se especificará una fecha posterior a su promulgación para su entrada en vigor (la "fecha de entrada en vigor"), o un mecanismo para determinar esa fecha, teniendo en cuenta:

a) Las repercusiones que pueda tener la fecha de entrada en vigor en las decisiones sobre la concesión de crédito y, en particular, en la obtención de los máximos beneficios que pueda aportar la ley;

b) Las disposiciones reglamentarias, institucionales, educativas y de otra índole que pudieran ser necesarias o las mejoras de la infraestructura que deberá hacer el Estado;

c) La situación de la legislación preexistente y demás infraestructura;

d) La armonización de la ley con otra legislación;

e) El contenido de las normas constitucionales que regulen las operaciones efectuadas antes de la fecha de entrada en vigor de la ley;

f) Las pautas o prácticas más convenientes para la entrada en vigor de la legislación (por ejemplo, el primer día del mes); y

g) La necesidad de dar a las personas afectadas tiempo suficiente a fin de prepararse para la entrada en vigor de la ley.

Período de transición

156. El régimen determinará un plazo después de la fecha de entrada en vigor ("el período de transición") durante el cual los acreedores que en virtud del régimen anterior tengan garantías reales eficaces frente a terceros puedan adoptar medidas para cerciorarse de que esas garantías seguirán surtiendo efecto frente a los terceros en virtud de la nueva ley. Cuando esas medidas se adopten durante el período de transición (o durante el período más largo previsto en la recomendación 158), el régimen dispondrá que no habrá solución de continuidad en la existencia y eficacia de las garantías reales frente a terceros.

157. Si, en virtud de la ley del Estado (o de los Estados) cuya legislación rija la constitución de una garantía real y su eficacia frente a terceros conforme a las reglas sobre conflictos de leyes del régimen jurídico anterior, la garantía real se hubiera constituido pero no hubiera adquirido eficacia frente a terceros, el régimen debería prever que la garantía real continuará existiendo durante el período de transición y si, durante dicho período, el acreedor garantizado adopta alguna medida necesaria para asegurar que la garantía real quede constituida conforme al nuevo régimen, el régimen debería disponer que no habrá solución de continuidad en la existencia de la garantía real.

158. Si, en virtud de la ley del Estado (o de los Estados) cuya legislación rija la constitución de una garantía real y su eficacia frente a terceros conforme a las reglas sobre conflictos de leyes del régimen jurídico anterior, la garantía real se hubiera constituido y hubiera adquirido eficacia frente a terceros mediante la inscripción en el registro de una notificación de la garantía real, el régimen debería disponer que la garantía real seguirá siendo oponible a terceros hasta la primera de las dos siguientes fechas: i) la fecha a partir de la cual la inscripción dejara de tener eficacia en virtud de la ley de dicho Estado, y ii) [X] años después de la fecha de entrada en vigor.

Prelación

159. A reserva de las recomendaciones 160 y 161, el régimen debería disponer que la prelación de una garantía real frente a un demandante concurrente se regirá por el nuevo régimen.

160. El régimen debería disponer que, si se constituyeran una garantía real y un derecho de garantía del demandante concurrente (o, en el caso del demandante concurrente, si su derecho empezara a existir de algún otro modo) antes de la fecha de entrada en vigor y, dado que ninguna de las fechas de entrada en vigor habría cambiado, la prelación de la garantía real frente al derecho del demandante concurrente se determinará por la ley vigente inmediatamente antes de la fecha de entrada en vigor en el Estado cuya ley rigiera la prelación en virtud de las reglas sobre conflictos de leyes del régimen jurídico anterior. La situación de una garantía real cambiará si i) en virtud de la aplicación de las reglas de las recomendaciones 156 a 158, la garantía real era eficaz frente a terceros en la fecha de entrada en vigor y posteriormente dejó de serlo o ii) no era eficaz frente a terceros en la fecha de entrada en vigor y posteriormente pasó a serlo.

161. El régimen debería disponer que cuando una controversia esté ante los tribunales (o cuando se dirima por una vía comparable para la solución de controversias) o cuando el acreedor garantizado haya adoptado medidas para ejecutar sus derechos en la fecha de entrada en vigor del régimen, no se aplicará a los derechos y obligaciones de las partes.

162. El régimen debería asegurar que la transición no entrañara más costos que los gastos nominales de inscripción.

H. Nota de la Secretaría sobre el proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, presentada al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su décimo período de sesiones

(A/CN.9/WG.VI/WP.27 y Add.1 y Add.2) [Original: inglés]

Antecedentes

1. En su 33º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión examinó un informe del Secretario General sobre la posible labor futura en materia de operaciones de crédito financiero garantizado (véase A/CN.9/475). En ese período de sesiones, la Comisión convino en que las garantías reales eran un tema importante que se había señalado a la Comisión en el momento oportuno, habida cuenta en particular de la estrecha relación que guardaba con la labor relativa al régimen de la insolvencia que realizaba la Comisión. La opinión generalizada era que toda legislación moderna sobre las operaciones de crédito garantizado podía tener notables repercusiones en la oferta y en el costo del crédito financiero y, por lo tanto, en el comercio internacional. También se opinó en general que esa legislación podía reducir las desigualdades entre las empresas de países desarrollados y las de países en desarrollo a la hora de obtener crédito a bajo costo y de percibir los beneficios del comercio internacional. No obstante, se advirtió al respecto que esas leyes, a fin de ser aceptables para los Estados, tenían que prever un trato equilibrado entre los acreedores privilegiados, los acreedores respaldados por garantías y los acreedores ordinarios. Se señaló también que, habida cuenta de la diversidad de las prácticas de cada Estado, sería aconsejable adoptar un planteamiento flexible y elaborar una serie de principios en forma de guía, y no de ley modelo. Por otra parte, a fin de que la reforma legislativa aportara beneficios óptimos, entre ellos los de prevenir crisis financieras, reducir la pobreza y facilitar la financiación de la deuda, fomentando así el crecimiento económico, convendría coordinar la labor que se realizara en materia de garantías reales con la que ya venía efectuándose sobre el régimen de la insolvencia[1].

2. En su 34º período de sesiones, celebrado en 2001, la Comisión examinó un nuevo informe de la Secretaría (A/CN.9/496). En ese período de sesiones, la Comisión convino en que debía iniciarse la labor en materia de garantías reales, dado el impacto económico favorable que tendría un régimen moderno del crédito financiero garantizado. Se afirmó que la experiencia había demostrado que las deficiencias en ese ámbito podían tener repercusiones muy negativas en el sistema económico y financiero de un país. Se observó asimismo que el hecho de disponer de un marco legal eficaz y previsible suponía ventajas macroeconómicas tanto a corto como a largo plazo. A corto plazo, concretamente cuando el sector financiero de un país atravesara una crisis, era indispensable contar con un marco jurídico eficaz y previsible, especialmente que estableciera vías de ejecución eficaces de los créditos financieros, a fin de ayudar a los bancos y a otras instituciones financieras a evitar que sus créditos perdieran valor gracias a mecanismos de ejecución rápidos, y para facilitar la reestructuración de empresas adoptando leyes que incentivaran la concesión provisional de créditos a tales empresas. A más largo plazo, un marco

---

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/55/17), párr. 459.

legal de las garantías reales flexible y eficaz podría ser un instrumento útil para potenciar el crecimiento económico. Efectivamente, sin la posibilidad de obtener créditos de costo asequible, sería imposible fomentar el crecimiento económico, la competitividad y el comercio internacional, pues se impediría que las empresas alcanzaran su máximo nivel de expansión[2]. Respecto de la forma que había de darse al texto que se preparara, la Comisión consideró que una ley modelo tal vez resultara un marco demasiado rígido, por lo que tomó nota de las sugerencias que se formularon en favor de un conjunto flexible de principios enmarcados en una guía legislativa en la que se presentarían, de ser posible, disposiciones legales modelo[3].

3. Tras un debate, la Comisión decidió encomendar a un grupo de trabajo la elaboración de "un régimen legal eficiente aplicable a los derechos de garantía sobre bienes que fueran objeto de alguna actividad comercial, incluidos los bienes inventariados, a fin de determinar las cuestiones que cabría regular, como, por ejemplo, la forma del instrumento, los tipos exactos de bienes que podrían darse en garantía ..."[4]. Poniendo de relieve la importancia del tema y la necesidad de mantener consultas con representantes del sector industrial y profesional pertinente, la Comisión recomendó que se celebrara un coloquio de dos o tres días de duración[5].

4. En su primer período de sesiones (Nueva York, 20 a 24 de mayo de 2002), el Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) tuvo a su disposición un primer anteproyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, preparado por la Secretaría (véanse el documento A/CN.9/WG.VI/WP.2 y las adiciones 1 a 12), un informe relativo al Coloquio Internacional CNUDMI-CFA, que tuvo lugar en Viena del 20 al 22 de marzo de 2002 (A/CN.9/WG.VI/WP.3), así como observaciones formuladas por el Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento (A/CN.9/WG.VI/WP.4). En ese período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó los capítulos I a V y X del anteproyecto de guía (A/CN.9/WG.VI/WP.2 y adiciones 1 a 5 y 10), y pidió a la Secretaría que revisara esos capítulos (véase A/CN.9/512, párr. 12). En el mismo período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó sugerencias para la presentación de sistemas modernos de inscripción registral a fin de proporcionar al Grupo de Trabajo información necesaria para abordar los problemas expresados con respecto a la inscripción de las garantías reales sobre bienes muebles (véase A/CN.9/512, párr. 65). Además, el Grupo de Trabajo convino en la necesidad de que, en colaboración con el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia), se tuviera buen cuidado de que todo lo relativo al régimen aplicable a las garantías reales en los procedimientos de insolvencia fuera tratado en consonancia con las conclusiones del Grupo de Trabajo V sobre la esfera en que se solapaba la labor de dicho Grupo de Trabajo con la del Grupo de Trabajo VI (véanse los documentos A/CN.9/512, párr. 88, y A/CN.9/511, párrs. 126 y 127).

5. En su 35º período de sesiones, celebrado en 2002, la Comisión tuvo a su disposición el informe del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) sobre la labor realizada en su primer período de sesiones (véase A/CN.9/512). La Comisión expresó su reconocimiento al Grupo de Trabajo por los progresos realizados.

---

[2] *Ibid.*, *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/56/17), párr. 351.
[3] *Ibid.*, párr. 357.
[4] *Ibid.*, párr. 358.
[5] *Ibid.*, párr. 359.

Predominó la opinión de que esta guía legislativa daba a la Comisión la gran oportunidad de ayudar a los Estados a adoptar legislación moderna sobre las operaciones garantizadas, lo cual constituía, según la opinión general, un requisito necesario, aunque no de por sí suficiente, para fomentar el acceso a crédito a costo asequible, que facilitaba el movimiento transfronterizo de bienes y servicios, el desarrollo económico y, en última instancia, las relaciones de amistad entre los países[6]. A este respecto, la Comisión tomó nota con satisfacción de que el proyecto había atraído la atención de organizaciones internacionales, tanto gubernamentales como no gubernamentales, y de que algunas de ellas participaban activamente en las deliberaciones del Grupo de Trabajo. Las observaciones presentadas al Grupo de Trabajo VI, en particular las del Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento (A/CN.9/WG.VI/WP.4), se destacaron como muestra de tal interés.

6. En ese período de sesiones, predominó la opinión de que la iniciativa de la Comisión llegaba en el momento más oportuno, pues coincidía con las iniciativas legislativas pertinentes sobre las que se estaba trabajando a nivel nacional e internacional y, además, con la labor que la propia Comisión había decidido emprender sobre el tema del régimen de la insolvencia. A este respecto, la Comisión tomó nota con particular satisfacción de los esfuerzos realizados por el Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) y por el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) para coordinar su labor sobre un tema de interés común como es el del tratamiento de las garantías reales en los procedimientos de insolvencia. Esa coordinación recibió un firme apoyo y, en general, las delegaciones consideraron que tal coordinación era de crucial importancia para dar a los países una orientación general y coherente sobre la forma en que debía regularse la cuestión de las garantías reales en los procedimientos de insolvencia. La Comisión respaldó la sugerencia de que se revisara el capítulo del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas relativo a la insolvencia, teniendo en cuenta los principios fundamentales convenidos por los Grupos de Trabajo V y VI (véanse los documentos A/CN.9/511, párrs. 126 y 127, y A/CN.9/512, párr. 88). La Comisión destacó la necesidad de seguir coordinando la labor común y pidió a la Secretaría que estudiara la posibilidad de organizar, en diciembre de 2002, un período de sesiones conjunto de los dos Grupos de Trabajo[7].

7. Tras un debate, la Comisión confirmó el mandato que en su 34º período de sesiones había encomendado al Grupo de Trabajo, consistente en elaborar un régimen legal eficiente para los derechos de garantía sobre bienes, incluidos los bienes inventariados. La Comisión reiteró asimismo la necesidad de que el mandato del Grupo de Trabajo se interpretara con criterios amplios a fin de que el texto que se adoptara al final del proceso, que debería revestir la forma de guía legislativa, fuera suficientemente flexible[8].

8. En su segundo período de sesiones, celebrado en Viena del 17 al 20 de diciembre de 2002, el Grupo de Trabajo examinó los capítulos VI, VII y IX (A/CN.9/WG.VI/WP.2 y adiciones 6, 7 y 9) del primer anteproyecto de guía sobre las operaciones garantizadas, preparado por la Secretaría. En ese período de sesiones, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara versiones revisadas de los capítulos

---

[6] *Ibid.*, *quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/57/17), párr. 202.
[7] *Ibid.*, párr. 203.
[8] *Ibid.*, párr. 204.

tratados (véase el documento A/CN.9/531, párr. 15). Con ocasión de ese período de sesiones y conforme se había sugerido en el primer período de sesiones del Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/512, párr. 65), se hizo una presentación oficiosa de los sistemas de inscripción registral de las garantías reales constituidas sobre bienes muebles en Noruega y Nueva Zelandia. Justo antes de este período de sesiones, los Grupos de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) y VI (Garantías Reales) celebraron su primer período de sesiones conjunto (Viena, 16 y 17 de diciembre de 2002), durante el cual se examinó la versión revisada del antiguo capítulo X (ahora capítulo IX del anteproyecto de guía; véase A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5) relativo a la insolvencia. En ese período de sesiones, se pidió a la Secretaría que preparara una versión revisada de dicho capítulo (véase A/CN.9/535, párr. 8).

9. En su tercer período de sesiones, celebrado en Nueva York del 3 al 7 de marzo de 2003, el Grupo de Trabajo examinó los capítulos VIII, XI y XII del primer anteproyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, así como los capítulos II y III de la segunda versión del proyecto de guía (A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.8, A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.11, A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.12, A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.2 y A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3), y pidió a la Secretaría que preparara versiones revisadas (véase A/CN.9/532, párr. 13). Con ocasión de ese período de sesiones, se realizó una presentación oficiosa de la ley sobre las operaciones de crédito financiero garantizado que acababa de ultimarse en Eslovaquia y que fue respaldada por el Banco Mundial y por el Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento (BERF).

10. En su 36º período de sesiones, celebrado en 2003, la Comisión tuvo a su disposición los informes del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) sobre la labor realizada en sus períodos de sesiones segundo y tercero (A/CN.9/531 y A/CN.9/532), así como el informe sobre el primer período de sesiones conjunto celebrado por los Grupos de Trabajo V y VI (A/CN.9/535). La Comisión elogió los progresos realizados por el Grupo de Trabajo VI y expresó asimismo su reconocimiento al Grupo de Trabajo V y al Grupo de Trabajo VI por la forma en que habían coordinado su labor sobre el régimen aplicable a las garantías reales en los procedimientos de insolvencia. Además, la Comisión tomó nota con agradecimiento de la presentación de sistemas modernos de inscripción registral de garantías reales sobre bienes muebles, así como del plan de la Secretaría de preparar un documento en que se examinaran los problemas técnicos que planteaba la inscripción de dichas garantías reales en registros[9].

11. Además, la Comisión subrayó la importancia de estrechar la coordinación con las organizaciones interesadas y especializadas en el régimen aplicable a las operaciones garantizadas, como el Instituto UNIDROIT, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, el BERF y el Banco Asiático de Desarrollo. Se hizo referencia a la labor que actualmente realizaba el UNIDROIT acerca del tema de las garantías reales constituidas sobre valores bursátiles, y a los principios y líneas rectoras del Banco Mundial para sistemas eficientes de insolvencia y de derechos de los acreedores, en la medida en que se referían a las operaciones garantizadas, así como a la Ley Modelo sobre Operaciones Garantizadas y los principios del BERF, a la guía del Banco Asiático de Desarrollo sobre la inscripción registral de bienes muebles, y a la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias de 2002,

---

[9] *Ibid.*, *quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/58/17), párr. 217.

preparada por la Organización de los Estados Americanos. También se hizo referencia a la necesidad de coordinar el capítulo del proyecto de la guía legislativa sobre las operaciones garantizadas relativa a los conflictos de leyes con la labor de la Conferencia de La Haya, en particular en lo referente al derecho aplicable a la ejecución de derechos reales de garantía en caso de insolvencia[10].

12. Con respecto al alcance de la labor del Grupo de Trabajo VI, la Comisión tomó nota de las sugerencias de que el Grupo se ocupara, además de los bienes (y de las existencias inventariadas), de los créditos por cobrar, las cartas de crédito, las cuentas de depósito y los derechos de propiedad intelectual, dada la importancia económica que revestían como garantías para respaldar un crédito. En cuanto al contenido del proyecto de guía legislativa, la Comisión tomó nota de las observaciones conforme a las cuales, si bien en el proyecto de guía debían analizarse distintos planteamientos viables, convendría también que contuviera recomendaciones legislativas y que, en caso de que debieran redactarse variantes de las recomendaciones, se estudiaran también las ventajas relativas de cada variante, en particular para los países en desarrollo y los países con economías en transición[11].

13. Tras deliberar, la Comisión confirmó el mandato encomendado, en el 34º período de sesiones, al Grupo de Trabajo VI, consistente en elaborar un régimen legal eficiente para los derechos de garantía constituidos sobre bienes, incluidos los bienes inventariados, y confirmó asimismo la decisión que había adoptado en su 35º período de sesiones de que ese mandato se interpretara con criterios amplios con miras a lograr que el resultado de la labor del Grupo de Trabajo culminara con la adopción de un instrumento adecuado, que debería presentarse en forma de guía legislativa. La Comisión confirmó asimismo que quedaba al arbitrio del Grupo de Trabajo considerar el alcance exacto de su labor y, en concreto, decidir si en el proyecto de guía legislativa deberían tratarse también los créditos por cobrar, las cartas de crédito, las cuentas de depósito y los derechos de propiedad intelectual e industrial[12].

14. En su cuarto período de sesiones, celebrado en Viena del 8 al 12 de septiembre de 2003, el Grupo de Trabajo examinó los capítulos I (Introducción), II (Objetivos clave), IV (Constitución de garantías reales) y IX (Insolvencia), así como los párrafos 1 a 41 del capítulo VII (Prelación), y pidió a la Secretaría que preparara las versiones revisadas de esos capítulos (véase A/CN.9/543, párr.15).

15. En su quinto período de sesiones, celebrado en Nueva York del 22 al 25 de marzo de 2004, el Grupo de Trabajo examinó el resumen y las recomendaciones de los capítulos V (Publicidad), VI (Prelación) y X (Conflictos de leyes), y pidió a la Secretaría que preparara versiones revisadas de esos capítulos (véase el documento A/CN.9/549, párr. 16).

16. En su segundo período de sesiones conjunto (celebrado en Nueva York los días 26 y 29 de marzo de 2004), los Grupos de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) y VI (Garantías Reales) examinaron el régimen aplicable a las garantías reales en el

---

[10] *Ibid.*, párr. 218.
[11] *Ibid.*, párrs. 220 y 221.
[12] *Ibid.*, párr. 222.

proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia tomando como base el documento A/CN.9/WG.V/WP.71 (véase el documento A/CN.9/550, párr. 11).

17. En su 37º período de sesiones, celebrado en 2004, la Comisión tuvo a su disposición los informes del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) sobre la labor de sus períodos de sesiones cuarto y quinto (A/CN.9/543 y A/CN.9/549), así como el informe del segundo período de sesiones conjunto de los Grupos de Trabajo V y VI (A/CN.9/550). La Comisión elogió al Grupo de Trabajo por los progresos que había realizado hasta la fecha y expresó su reconocimiento a los Grupos de Trabajo V y VI por los progresos que habían realizado en su segundo período de sesiones conjunto, durante el cual habían examinado cuestiones pendientes de interés común[13].

18. Además, la Comisión tomó nota con agradecimiento de los progresos realizados por el Grupo de Trabajo en la coordinación de su labor sobre los conflictos de leyes con la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, y, concretamente, de los planes para celebrar una reunión conjunta de expertos. Asimismo, la Comisión encomió los esfuerzos del Grupo de Trabajo por coordinar también su labor con la del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), el cual preparaba un texto relativo a la constitución de garantías reales sobre títulos bursátiles. La Comisión expresó asimismo su reconocimiento por la coordinación mantenida con el Banco Mundial, que estaba preparando principios y líneas rectoras para sistemas eficientes de insolvencia y de derechos de los acreedores y, en particular, por el acuerdo en virtud del cual el texto del Banco Mundial formaría, junto con el proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, una única norma internacional[14].

19. La Comisión tomó nota con interés de que a principios de 2005 ya podría estar lista una serie preliminar unificada de recomendaciones. La Comisión también acogió con beneplácito el hecho de que se prepararan capítulos suplementarios sobre diversos tipos de bienes, como los títulos negociables, los documentos negociables, las cuentas bancarias, las cartas de crédito y los derechos de propiedad intelectual. A este respecto, si bien se reconoció en general la importancia de estos tipos de bienes, se estimó que no sería conveniente incluirlos en el proyecto de guía si con ello se tardaba más tiempo en realizar la labor relativa a los bienes fundamentales que entran en el ámbito del proyecto de guía (por ejemplo, los bienes, incluidos los bienes inventariados, y los créditos por cobrar)[15].

20. Tras deliberar, la Comisión confirmó el mandato que había encomendado, en su 34º período de sesiones, al Grupo de Trabajo VI, y que ya había confirmado en sus períodos de sesiones 35º y 36º. La Comisión pidió asimismo al Grupo de Trabajo que agilizara su labor, a fin de que el proyecto de guía pudiera serle presentado lo antes posible, cabía tal vez esperar que en 2006, para su aprobación final[16].

---

[13] *Ibid.*, *quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/59/17), párr. 75.
[14] *Ibid.*, párr. 76.
[15] *Ibid.*, párr. 77.
[16] *Ibid.*, párr. 78.

21. En su sexto período de sesiones (Viena, 27 de septiembre a 1 de octubre de 2004) el Grupo de Trabajo examinó los capítulos I y II (Introducción y objetivos clave), III (Prácticas básicas en materia de garantías reales), IV (Constitución de garantías reales), V (Validez frente a terceros), VII (Derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento), VIII (Incumplimiento y vía ejecutoria), X (Conflicto de leyes) y XI (Cuestiones de transición), y pidió a la Secretaría que revisara esos capítulos a efectos de recoger las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/570, párr. 8). En dicho período de sesiones, el Grupo de Trabajo tomó nota con reconocimiento de que el capítulo de la Guía relativo al conflicto de leyes se preparaba en estrecha colaboración con la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (A/CN.9/570, párr. 75).

22. En su séptimo período de sesiones (Nueva York, 24 a 28 de enero de 2005), el Grupo de Trabajo examinó los capítulos X (Conflicto de leyes), XII (Mecanismos de financiación de las compras) y XVI (Garantías reales sobre cuentas bancarias) y pidió a la Secretaría que revisara estos capítulos teniendo en cuenta las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo (véase el documento A/CN.9/574, párr. 8).

23. En su 38º período de sesiones (2005), la Comisión tuvo a su disposición los informes del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) sobre la labor realizada en sus períodos de sesiones sexto y séptimo (A/CN.9/570 y A/CN.9/574, respectivamente). La Comisión encomió al Grupo de Trabajo por los progresos realizados hasta la fecha, tomó nota con interés del avance realizado por el Grupo de Trabajo en la coordinación de su labor con la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, con el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), con el Banco Mundial y con la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, y pidió al Grupo de Trabajo que agilizara su labor a fin de que pudiera presentar el proyecto de guía legislativa a la Comisión, al menos para que la aprobara en principio en 2006, y para que la adoptara definitivamente en 2007[17].

24. En su octavo período de sesiones (Viena, 5 a 9 de septiembre de 2005), el Grupo de Trabajo examinó la recomendaciones que figuraban en los capítulos VII (Derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento), VIII (Incumplimiento y vía ejecutoria), IX (Insolvencia), X (Financiación de las compras) y XI (Conflicto de leyes). El Grupo de Trabajo examinó también la terminología y las recomendaciones relativas a: i) los títulos negociables y los documentos negociables (definiciones w) y x), así como las recomendaciones 3 d) y 24); ii) el producto del cobro de una promesa independiente (definiciones y), z), aa) y bb), así como las recomendaciones 25, 49, 62, 106 y 138); y iii) los derechos de propiedad intelectual (definición dd), y recomendación 3 h)) (véase A/CN.9/588, párr.8).

25. En su noveno período de sesiones (Nueva York, 30 de enero a 3 de febrero de 2006), el Grupo de Trabajo examinó recomendaciones de los capítulos V (Eficacia frente a terceros), VI (Prelación) y X (Mecanismos de financiación de las compras), y pidió a la Secretaría que revisara esos capítulos teniendo en cuenta las deliberaciones mantenidas y las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo

---

[17] *Ibid.*, *sexagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/60/17), párrs. 186 y 187.

(véase A/CN.9/593, párr. 8). En ese período de sesiones, habida cuenta de la expectativa de que la Comisión aprobara en principio el contenido de las recomendaciones del proyecto de guía en su 39º período de sesiones, cuya celebración está prevista en Nueva York del 19 de junio al 7 de julio de 2006, el Grupo de Trabajo convino en celebrar un período extraordinario de sesiones, su décimo período de sesiones, en Nueva York del 1 al 5 de mayo de 2006 (véase A/CN.9/593, párr. 97).

A/CN.9/WG.VI/WP.27/Add.1

Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

ADICIÓN

ÍNDICE

		Párrafos
	Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas	1-51
I.	Introducción	1-39
	A. Finalidad	1-8
	B. Alcance	9-20
	C. Terminología	21
	D. Ejemplos de prácticas financieras que abarca la Guía	22-39
	1. Financiación de la adquisición de existencias y bienes de equipo	23-28
	2. Financiación de préstamos renovables con garantía sobre las existencias y los créditos por cobrar	29-31
	3. Bursatilización	32-34
	4. Financiación a plazo	35-37
	5. Transferencia de la titularidad con fines de garantía	38
	6. Operaciones de venta con arriendo sucesivo del bien al vendedor	39
II.	Objetivos clave de todo régimen eficaz y eficiente de las operaciones garantizadas	40-51
	A. Fomentar la concesión de créditos garantizados	41
	B. Ofrecer la posibilidad de aprovechar al máximo el valor de los bienes para respaldar el crédito en una amplia variedad de operaciones crediticias	42
	C. Facilitar la obtención de garantías reales de manera sencilla y eficiente	43
	D. Reconocer la autonomía contractual de las partes	44
	E. Tratar por igual a las diversas fuentes de financiación	45
	F. Reconocer la validez de las garantías reales sin desplazamiento	46
	G. Fomentar un comportamiento responsable de todas las partes reforzando la previsibilidad y la transparencia	47
	H. Establecer un orden de prelación claro y previsible	48

I. Facilitar la ejecución de la garantía del acreedor de forma previsible y eficiente 49

J. Compaginar los intereses de las personas afectadas 50

K. Armonizar los regímenes de las operaciones garantizadas, incluidas las normas sobre conflicto de leyes. 51

I. Introducción

A. Finalidad

1. La finalidad de la presente Guía es prestar asistencia a los Estados en la elaboración de un régimen moderno de las operaciones garantizadas con objeto de promover la oferta de crédito garantizado a un costo asequible. La Guía tiene por objeto ofrecer una ayuda a los Estados que aún no dispongan de un régimen eficiente y eficaz de las operaciones garantizadas, así como a los que dispongan ya de un régimen operativo pero que deseen revisarlo o modernizarlo, o simplemente armonizar o coordinar sus propias leyes con las de otros Estados.

2. La Guía se basa en la premisa de que todo régimen racional de las operaciones garantizadas puede aportar notables beneficios económicos a los Estados que lo adopten, concretamente atrayendo fondos de prestamistas nacionales y extranjeros y de otras entidades crediticias, fomentando así la creación y la expansión de empresas nacionales (en especial, de las pequeñas y medianas empresas) y, en general, incrementando el comercio. Tal legislación puede también beneficiar a los consumidores, al contribuir a abaratar el costo de los bienes y servicios y a facilitar la concesión de créditos al consumidor con tipos de interés asequibles. Para ser eficaz, un régimen de las operaciones garantizadas debe estar respaldado por un sistema judicial y otros mecanismos coercitivos eficaces y eficientes, así como por un régimen de la insolvencia en que se respeten los derechos dimanantes del régimen de las operaciones garantizadas (véase la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia).

3. En la Guía se procura superar las disparidades que pueda haber entre los diversos regímenes sugiriendo soluciones pragmáticas y de eficacia probada que puedan ser aceptadas y aplicadas por Estados con diversos tipos de ordenamientos. La Guía tiene por objeto propiciar la formulación de leyes que reporten ventajas económicas prácticas a los Estados que las promulguen. Si bien es posible que los Estados tengan que afrontar gastos previsibles, aunque limitados, para elaborar y aplicar un régimen de las operaciones garantizadas, las experiencias registradas hasta la fecha en numerosos países demuestran que las ventajas que se obtengan a corto y a largo plazo compensarán con creces esos gastos.

4. Todos los negocios, ya se trate de fabricantes o de distribuidores, empresas de servicios o minoristas, necesitan capital de explotación para poder funcionar, crecer y competir con éxito en el mercado. En los estudios realizados por organizaciones como el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (el Banco Mundial), el Fondo Monetario Internacional, el Banco Asiático de Desarrollo y el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD) ha quedado bien demostrado que

una de las vías más eficaces para facilitar capital de explotación a las empresas comerciales es la del crédito garantizado.

5. La idoneidad del crédito garantizado radica en que permite a una empresa deudora utilizar el valor de sus propios bienes para reducir el riesgo que asume el acreedor, ofreciéndole con los bienes dados en garantía otro medio para cobrar su crédito en caso de incumplimiento de la obligación garantizada. Al disminuir el riesgo de incumplimiento del pago, aumentan las posibilidades de obtener crédito y disminuye su costo.

6. La adopción de un régimen jurídico que respalde las operaciones de crédito garantizado es un factor decisivo para reducir el riesgo que puedan temer los acreedores y para fomentar la oferta de crédito garantizado. Este está más al alcance de las empresas en los Estados que disponen de una legislación eficaz y eficiente en virtud de la cual los acreedores pueden saber y prever las consecuencias de todo incumplimiento por parte de los deudores. En cambio, el costo del crédito se eleva en los Estados cuyo régimen incierto hace temer riesgos importantes a los acreedores, lo que los lleva a exigir una mayor compensación por evaluar y asumir los riesgos. En algunos Estados que no disponen de un régimen eficiente y eficaz para las operaciones garantizadas, ni de un régimen de la insolvencia en que se reconozcan las garantías reales, las pequeñas y medianas empresas, al igual que los consumidores, se han visto prácticamente privadas de crédito.

7. Fomentar la creación de empresas y su crecimiento adoptando un régimen jurídico que promueva la concesión de crédito garantizado puede contribuir a la prosperidad económica general de un Estado. Así pues, los Estados que carecen de un régimen eficiente y eficaz de las operaciones garantizadas pueden estarse privando de importantes ventajas económicas.

8. A fin de promover con más eficiencia la obtención de crédito garantizado a un costo asequible, en la Guía se sugiere que el régimen de las operaciones garantizadas esté estructurado de manera que permita a las empresas sacar el máximo provecho del valor de sus bienes con miras a obtener crédito. Al respecto, se adoptan dos de los conceptos más importantes para asegurar el éxito de todo régimen de las operaciones garantizadas: el de la prelación y el de la eficacia frente a terceros. El concepto de prelación, que hace posible la existencia simultánea de garantías reales con mayor o menor preferencia sobre un mismo bien, permite a las empresas sacar el máximo provecho del valor de sus bienes al obtener crédito garantizado de más de un acreedor dando los mismos bienes en garantía, con reglas transparentes por las que cada acreedor sepa el grado de prelación que tiene su respectiva garantía. El concepto de eficacia frente a terceros, entendido como sistema que permita, entre otras cosas, inscribir las garantías reales en un registro público, tiene por objeto promover la seguridad jurídica de los acreedores en cuanto al grado de prelación que les corresponde y reducir así los riesgos y costos derivados de las operaciones garantizadas.

B. Alcance

9. La Guía se ocupa de las garantías reales contractuales. No obstante, también hace referencia a las garantías de carácter no contractual, como las que se crean por ley o por resolución judicial, cuando los mismos bienes están sujetos a la vez a garantías contractuales y a garantías no contractuales y el régimen debe regular la prelación relativa que corresponde a cada una de esas garantías (véase A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.1, párrafos 56 a 61 y 82 a 85). La Guía se centra fundamentalmente en los bienes comerciales esenciales (existencias y bienes de equipo) y en los créditos comerciales por cobrar. Sin embargo, en ella se postula que todos los tipos de bienes pueden ser objeto de garantías reales, incluidos los bienes que una empresa tenga en un momento dado y los que vaya a tener en el futuro, y se regulan todos los bienes, tanto los corporales como los inmateriales, salvo los que se excluyen expresamente.

10. Los bienes inmuebles, los valores bursátiles y los salarios son tipos de bienes objeto de una exclusión categórica. Los bienes inmuebles (salvo los bienes incorporados, que están comprendidos en el ámbito de la Guía y pueden estar sujetos a garantías reales) se excluyen porque plantean cuestiones diferentes y están regulados por un sistema especial de registro de la titularidad indizado según el bien de que se trate y no según el otorgante. Además, la Guía no aborda las garantías reales constituidas sobre valores bursátiles cuando estos son los bienes gravados originalmente, debido a que la naturaleza de los valores bursátiles y su importancia en el funcionamiento de los mercados financieros plantean una amplia variedad de problemas que merecen un trato jurídico especial. Las cuestiones de derecho sustantivo relativas a las garantías y demás derechos sobre valores bursátiles depositados en poder de un intermediario se abordan en un proyecto de convenio que elabora actualmente el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT). Las cuestiones conexas de derecho internacional privado no se abordan en la presente Guía porque las regula el Convenio sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en poder de un intermediario (La Haya, diciembre de 2002). La Guía se ha estructurado de tal forma que todo Estado que promulgue legislación basada en el régimen previsto en ella pueda, al mismo tiempo, aplicar los textos preparados por el UNIDROIT y por la Conferencia de La Haya, así como los textos pertinentes preparados por la CNUDMI, como la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (Nueva York, diciembre de 2001; en adelante denominada "la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos") y la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar que si adopta una exclusión condicionada de los valores bursátiles y de los bienes inmuebles (véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7, nota correspondiente a la recomendación 3 g)), habría que revisar el párrafo 10. Del mismo modo, si se adopta la recomendación 4 d), habría que dar alguna explicación en el comentario. También puede haber que introducir enmiendas similares según las decisiones que adopte el Grupo de Trabajo en relación con las cuestiones planteadas en las notas correspondientes a las recomendaciones 3 d) y f).*]

11. La constitución de garantías reales sobre los salarios queda excluida en razón de la política de protección de la vida personal y familiar. Toda otra exclusión basada en objetivos de política contrapuestos debería limitarse en número y alcance, establecerse con claridad y adoptarse únicamente tras sopesar con cuidado sus posibles ventajas frente a la política social y económica en que se inspira el régimen de las operaciones garantizadas, que es la de facilitar la disponibilidad de crédito a un costo asequible.

12. Algunos bienes, como los buques, las aeronaves [y los derechos de propiedad intelectual] están total o parcialmente regulados por regímenes especiales. Las garantías reales constituidas sobre esos bienes no se excluyen, si bien, en caso de contradicción entre el régimen especial y el de las operaciones garantizadas, prevalecerá el régimen especial (por ejemplo, un sistema de registro especial).

13. En particular, la Guía no aborda cuestiones específicamente relacionadas con las garantías reales constituidas sobre derechos de propiedad intelectual, ni incluye recomendaciones sobre tales temas. Ahora bien, al elaborar su normativa sobre las operaciones garantizadas, los Estados deberían tener en cuenta la importancia y el valor económico crecientes que tienen los bienes de propiedad intelectual para las empresas que tratan de obtener crédito a un costo asequible. El régimen de las operaciones garantizadas sería aplicable a las garantías reales constituidas sobre derechos de propiedad intelectual, a reserva de las limitaciones enunciadas en el párrafo siguiente.

14. Al adoptar el régimen de las operaciones garantizadas, los Estados deberían tener en cuenta las características particulares de la propiedad intelectual y la legislación nacional aplicable en la materia, así como sus obligaciones a tenor de los tratados, los convenios u otros acuerdos internacionales sobre la propiedad intelectual. En consecuencia, al aplicar las recomendaciones de la Guía, los Estados deberían analizar atentamente las situaciones en que el régimen vigente y las características de la propiedad intelectual sean lo suficientemente singulares como para justificar la adaptación de esas recomendaciones cuando los bienes gravados sean derechos de propiedad intelectual. Si después de examinar el asunto se comprueba que hay una incompatibilidad directa con las leyes del Estado sobre la propiedad intelectual o sus obligaciones con arreglo a los tratados, convenios y demás acuerdos internacionales en la materia, en particular si estos establecen una norma para regular la constitución, la eficacia frente a terceros, la prelación o la ejecución de garantías reales sobre propiedad intelectual, el régimen de las operaciones garantizadas del Estado en cuestión debería especificar que esa incompatibilidad se resolverá haciendo primar, en relación con esas cuestiones, las leyes y obligaciones en materia de propiedad intelectual.

15. En la Guía se destaca la necesidad de que todo otorgante pueda constituir garantías reales no sólo sobre los bienes de que disponga en un momento dado, sino también sobre sus futuros bienes (es decir, los bienes adquiridos o creados después de concertarse el acuerdo de garantía), sin que el otorgante ni el acreedor garantizado deban firmar documentos suplementarios o adoptar nuevas medidas cuando se adquieran o se creen dichos bienes. Este enfoque está en consonancia, por ejemplo, con la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, en la que se prevé la constitución de garantías reales sobre créditos por cobrar futuros sin exigir la adopción de otras medidas. Además, en la Guía se recomienda el reconocimiento de una garantía real sobre todos los bienes existentes y futuros de

una empresa otorgante mediante un único acuerdo de garantía como el que ya existe en algunos ordenamientos jurídicos, en forma de "hipoteca sobre la empresa" o una combinación de cargas fijas y flotantes.

16. También se recomienda que pueda garantizarse una amplia variedad de obligaciones, pecuniarias o no, y que toda persona física o jurídica pueda ser parte en una operación garantizada, incluidos los consumidores, a reserva de lo que disponga la legislación de protección del consumidor. Además, se procura abarcar una amplia variedad de operaciones que cumplen funciones de garantía, entre ellas las relativas a las garantías reales con y sin desplazamiento y las operaciones que no se consideran garantizadas (por ejemplo, la retención de la titularidad, el traspaso de la titularidad a efectos de garantía, la cesión de créditos por cobrar con fines de garantía, los arrendamientos financieros, las operaciones de venta y arriendo sucesivo al vendedor y operaciones análogas).

17. El régimen jurídico previsto en la Guía es de carácter puramente nacional. Las recomendaciones formuladas en ella van destinadas a los legisladores nacionales que se propongan reformar el régimen aplicable a las operaciones garantizadas en sus respectivos países. No obstante, dado que a menudo en este tipo de operaciones las partes y los bienes se encuentran en distintos Estados, también se procura regular el reconocimiento de las garantías reales y de los mecanismos de garantía basados en la titularidad efectivamente constituidos en otros Estados, entre ellos el de retención de la titularidad y los arrendamientos financieros. Eso supondría para los titulares de esos derechos una notable mejora respecto de las leyes vigentes en muchos Estados, en virtud de las cuales esos derechos con frecuencia se pierden en cuanto un bien gravado se traslada al territorio de otro Estado, y serviría de gran incentivo a los prestamistas para que otorgaran crédito financiero en operaciones transfronterizas (véase A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.4, párrafos 21 a 25).

18. A lo largo de toda la Guía se procura compaginar los intereses de los deudores con los de los acreedores (ya sean garantizados, privilegiados u ordinarios), los terceros que resulten afectados, los compradores y demás beneficiarios y el Estado. Para aplicar un criterio equilibrado se parte de la premisa de que, como lo demuestra sobradamente la experiencia registrada hasta la fecha, todos los prestamistas aceptarán ese criterio y, en consecuencia, estarán dispuestos a conceder crédito, siempre y cuando las leyes (y la infraestructura jurídica y estatal de la que formen parte) les permitan determinar con un alto grado de seguridad los riesgos que entrañe la operación y puedan confiar en que, en última instancia, les sea posible percibir el valor económico de los bienes gravados. Para lograr ese equilibrio, es indispensable coordinar estrechamente el régimen de las operaciones garantizadas con el régimen de la insolvencia, incluidas las disposiciones que regulen las garantías reales en caso de que una empresa sea objeto de un procedimiento de reorganización o de liquidación. Además, se requieren otras salvaguardias para determinados deudores, por ejemplo, cuando se trate de consumidores. Así pues, si bien el régimen previsto en la Guía regulará muchos tipos de operaciones en las que intervengan consumidores, no se pretende que prevalezca sobre las leyes de protección del consumidor, ni que aborde las políticas en la materia, habida cuenta de que ese asunto no se presta para la unificación.

19. Con el mismo espíritu se abordan las inquietudes expresadas con respecto al crédito garantizado. Una de ellas es que conceder a un acreedor un crédito privilegiado respecto de todos o casi todos los bienes de una persona parecería

restar posibilidades a ésta para obtener crédito de otras fuentes. Otro problema es la posibilidad de que un acreedor garantizado ejerza influencia sobre el negocio del otorgante, hasta el punto de que pueda embargar o amenazar con embargar los bienes gravados en caso de incumplimiento. También se ha expresado el temor de que, en caso de insolvencia, el acreedor garantizado se quede con todos los bienes del deudor o con la mayoría de ellos, dejando muy poco para los acreedores ordinarios, algunos de los cuales no están en condiciones de negociar una garantía real sobre dichos bienes. En la Guía se examinan los inconvenientes planteados y, cuando se considera que esos temores están fundados, se sugieren soluciones.

20. La Guía se inspira en los siguientes instrumentos de la CNUDMI y de otras organizaciones: la Ley Modelo del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD) sobre Operaciones Garantizadas, concluida en 1994; los principios generales del BERD para un régimen legal moderno de las operaciones garantizadas, concluidos en 1997; la Ley Uniforme de la Organización para la Armonización de la Legislación Empresarial en África (OHADA) relativa a las garantías reales, preparada en 1997; el estudio sobre la reforma del régimen legal de las operaciones garantizadas en Asia, preparado por el Banco Asiático de Desarrollo en 2000; la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, adoptada en 2001; el Convenio relativo a las garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil, aprobado en 2001, y los protocolos pertinentes; el Convenio sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en poder de un intermediario, adoptado en 2001; la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias, preparada en 2002 por la Organización de los Estados Americanos (OEA); la Guía de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, concluida en 2004; [la UNIDROIT Convention on Substantive Rules regarding Intermediated Securities; y [...]].

C. Terminología

21. En la presente Guía se ha adoptado cierta terminología para expresar los conceptos básicos de todo régimen eficaz de las operaciones garantizadas. Los términos utilizados no se han tomado de ningún ordenamiento jurídico en particular. Aun cuando cierto término parezca ser el mismo que el empleado en una determinada legislación nacional, es posible que no se utilice en el mismo sentido. Se ha adoptado este criterio con objeto de ofrecer al lector un vocabulario y un marco conceptual comunes e impulsar la armonización del régimen de las garantías reales. Por lo tanto, en los siguientes párrafos se enumeran los principales términos y conceptos empleados y se indica el significado básico que tienen en la presente Guía. Ese significado se define con mayor precisión en capítulos subsiguientes, en los que también se definen y utilizan otros términos y conceptos (como es el caso, por ejemplo, en los capítulos relativos a la insolvencia y a la financiación de compras). La conjunción "o" no pretende ser exclusiva; el uso del singular implica también el plural y viceversa; en las frases que empiecen con "incluido" e "inclusive" no se pretende dar una enumeración exhaustiva; la forma verbal "podrá" indica una posible opción, mientras que la forma verbal "deberá" indica una obligación; y las palabras "tales como" y "por ejemplo" deben interpretarse del mismo modo que las palabras "incluido" o "inclusive". [Por "acreedores" deberían entenderse los acreedores del Estado del foro y los acreedores extranjeros, a menos

que se especifique otra cosa.]. La palabra "persona" se entenderá tanto como persona física como persona jurídica, a menos que se especifique otra cosa. El término "ley" o "régimen" en todo el proyecto de guía pretende abarcar tanto el derecho legislativo como el de origen no legislativo. La expresión "la ley que rige los títulos negociables" o toda expresión similar abarca todo el derecho que sea aplicable a los títulos negociables, no sólo la legislación sobre títulos negociables sino también el derecho de los contratos y otro tipo de derecho que pudiera ser aplicable.

a) Por "garantía real" se entenderá un derecho de origen contractual constituido sobre bienes muebles o bienes incorporados (accesorios fijos) por el que se garantice el pago u otro tipo de cumplimiento de una o más obligaciones, independientemente de si las partes lo han designado o no como garantía real. En lo que respecta a los créditos por cobrar, la garantía real también se refiere a la transferencia pura y simple de dichos créditos, así como a la transferencia mediante garantía. Las garantías reales se dividen en derechos para financiar las compras y derechos sin fines de adquisición [*véase A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5*]. En la presente Guía las "garantías reales" también se entenderán referidas al "derecho de un cesionario de créditos por cobrar".

b) Por "garantía real para financiar compras" se entenderá toda garantía real constituida sobre un bien que respalde la obligación de pagar una parte no abonada del precio de compra del bien o el cumplimiento de una obligación contraída para permitir al otorgante adquirir el bien. Las garantías reales para financiar compras abarcan las garantías denominadas reales, así como los derechos adquiridos en ventas con retención de la titularidad, las operaciones de arriendo y compra, los arrendamientos financieros y las operaciones de préstamo del dinero para financiar compras. Se entenderá que el "otorgante" de una garantía real para financiar compras incluye al comprador, al arrendatario financiero o al otorgante en una operación de préstamo para financiar una compra. Se entenderá por "financiador de adquisiciones" todo acreedor garantizado que tenga un derecho de garantía para compras, lo que incluirá al vendedor con retención de titularidad, al arrendador financiero o al prestamista de dinero para la adquisición [*véase A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5*].

c) Por "obligación garantizada" se entenderá toda obligación cuyo cumplimiento esté asegurado por una garantía real.

d) Por "acreedor garantizado" se entenderá todo acreedor cuyo crédito esté respaldado por una garantía real. En la presente Guía, el concepto de "acreedor garantizado" se entenderá también referido al "cesionario" [*véase A/CN.9/WG.VI/WP.26*].

e) Por "deudor" se entenderá la persona a quien corresponda cumplir la obligación garantizada [incluidos los obligados secundarios, por ejemplo, los garantes de una obligación]. El deudor no es necesariamente la persona que constituye la garantía real en beneficio del acreedor (véase "otorgante").

f) Por "otorgante" se entenderá la persona que constituya una garantía real sobre uno o más de sus bienes en favor de un acreedor con objeto de respaldar su propia obligación o la de otra persona (véase "deudor"). En la presente Guía, el concepto de "otorgante" se entenderá también referido al "cedente".

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que la segunda frase de las definiciones de "garantía real", "acreedor garantizado" y "otorgante" tienen la finalidad de asegurar que las recomendaciones generales sean aplicables a las garantías reales sobre créditos por cobrar y a las transferencias puras y simples de tales créditos, a menos que se disponga otra cosa.*]

g) Por "acuerdo de garantía" se entenderá un acuerdo concertado entre un otorgante y un acreedor, cualquiera sea su forma o su terminología, por el que se constituya una garantía real.

h) Por "bien gravado" se entenderá el bien sobre el que se haya constituido una garantía. Los bienes pueden ser corporales o inmateriales. Cada una de estas categorías generales de bienes se subdivide en otras, algunas de las cuales están comprendidas en determinada terminología definida que se utiliza en la Guía.

i) Por "bienes corporales" se entenderá todo tipo de bienes muebles físicos. Entrarán en esta categoría las existencias, los bienes de equipo, los bienes incorporados o accesorios fijos, los títulos negociables y los documentos negociables.

j) Por "existencias" se entenderá todo bien corporal almacenado para su venta o arriendo en el curso ordinario de los negocios, así como las materias primas y los bienes semielaborados (en fase de elaboración).

k) Por "bienes de equipo" se entenderá todo bien corporal que una persona haya de utilizar en la explotación de su negocio.

l) Por "bienes incorporados a bienes inmuebles" se entenderá todo bien corporal que esté tan firmemente adherido o incorporado a un bien inmueble, sin que por ello pierda la condición de bien mueble, conforme a la legislación del Estado en que se encuentre. [*Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4.*]

m) Por "bienes incorporados a otros bienes muebles" se entenderá todo bien corporal que esté tan firmemente adherido o incorporado a otro bien mueble [que pueda considerarse parte de dicho bien mueble] sin que por ello pierda su identidad conforme a una ley distinta del presente régimen [*véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4*].

n) Por "masa o producto" se entenderá todo bien corporal que no sea dinero que esté tan estrechamente unido a otro que pierda su identidad separada conforme a una ley distinta del presente régimen [*véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4*].

o) Por "bienes inmateriales" se entenderá todo tipo de bienes muebles que no sean corporales. Entre los bienes inmateriales cabe citar los créditos por cobrar y otras categorías de créditos.

p) Por "crédito por cobrar" se entenderá todo derecho [contractual] al cumplimiento de una obligación monetaria, con excepción de los derechos adquiridos sobre bienes corporales en virtud de un documento negociable, la obligación de efectuar un pago en virtud de una promesa independiente y la obligación de un banco de pagar fondos acreditados en una cuenta bancaria.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee recordar que en su décimo período de sesiones, decidió que los créditos no contractuales entrarían en el ámbito de la Guía (véase A/CN.9/603, párr. 36). Este resultado puede lograrse limitando la definición de créditos por cobrar a los créditos contractuales y aclarando en el comentario que las recomendaciones generales serán aplicables a los créditos no contractuales. Otra posibilidad consistiría en mantener en el texto la definición de "crédito por cobrar" tal como está pero revisando la definición de "contrato originario" a fin de abordar las fuentes de los créditos no contractuales. Además, tal vez habría que agregar al texto nuevas recomendaciones para asegurar que: i) las recomendaciones 13 y 14 (relativas a las limitaciones legislativas de la transferibilidad) no afectaran a las limitaciones legislativas de la transferibilidad de los créditos no contractuales, y que ii) las recomendaciones 16* bis *y 16* ter *(relativas a las declaraciones del cedente) no fueran aplicables a las garantías reales sobre créditos no contractuales.*]

q) Por "cesión" se entenderá la constitución de una garantía real sobre un crédito por cobrar o la transferencia pura y simple de un crédito por cobrar. [*Véase el apartado a) del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos*.]

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que la constitución de una garantía real sobre un crédito incluye toda transferencia de créditos mediante garantía, que en el proyecto de guía se trata como una garantía real.*]

r) Por "cedente" se entenderá la persona que ceda un crédito por cobrar. [*Véase el apartado a) del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos*.]

s) Por "cesionario" se entenderá la persona a quien se ceda un crédito por cobrar. [*Véase el apartado a) del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.*]

t) Por "cesión subsiguiente" se entenderá toda cesión realizada por el cesionario inicial o por cualquier otro cesionario. En todo supuesto de cesión subsiguiente, la persona que haga la cesión será el cedente y la persona a quien se haga la cesión será el cesionario. [*Véase el apartado b) del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.*]

u) Por "deudor de un crédito" se entenderá toda persona a quien corresponda pagar un crédito. El deudor de un crédito puede ser un garante, ya que una garantía accesoria constituye un crédito. [*Véase el apartado a) del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.*]

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee recordar que, en su décimo período de sesiones, convino en suprimir las palabras "de la cuenta" en las referencias al "deudor de la cuenta". Se sugiere que se sustituya la expresión "deudor de la cuenta" por "deudor del crédito". De este modo se evitarían confusiones con el deudor de la obligación garantizada y se introduciría un cambio importante en todo el texto del proyecto de guía que tal vez no sea sustantivamente correcto (dado que la palabra "deudor" debería referirse al deudor de la obligación garantizada). Además, este cambio no sería incompatible con la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, en la que se*

hace referencia al "deudor", y no al deudor del crédito, ya que, a diferencia del proyecto de guía, que abarca muchos tipos de bienes, la Convención sólo rige los créditos. Si el Grupo de Trabajo aprueba este cambio, se sustituirán en todo el texto del proyecto de guía las palabras "deudor de la cuenta" por "deudor del crédito".]

v) Por "notificación de la cesión" se entenderá la comunicación escrita en la que se identifiquen suficientemente los créditos que se ceden y el cesionario. [*Véase el apartado d) del artículo 5 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos*]. El requisito de la forma escrita se dará por satisfecho con una comunicación electrónica si la información que contiene es accesible para su ulterior consulta (véase el artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico).

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que la definición de "notificación de la cesión" incluye la regla enunciada en la recomendación 9 (véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7). El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que sólo se hace referencia al escrito en la notificación de la cesión y en la notificación de una garantía real, pero no en otras notificaciones mencionadas en el proyecto de guía (por ejemplo, la notificación de la intención de pedir una ejecución extrajudicial).*

En función de si se mantiene la referencia a la firma en la recomendación 7, el Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse si debe reflejarse en las definiciones la regla enunciada en la recomendación 10 (véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7) conforme a la cual el concepto de "firma" incluye la firma electrónica. El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que no sólo se hace referencia al "escrito firmado" en la recomendación 7 sino también en la recomendación 21, relativa a la renuncia a las excepciones del deudor del crédito.]

w) Por "contrato originario", en el contexto de una cesión, se entenderá el contrato celebrado entre el cedente y el deudor del crédito del que nace el crédito cedido. [*Véase el apartado a) del artículo 5 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.*]

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en las recomendaciones relativas a los créditos se aclarará que las limitaciones legislativas respecto de los créditos no contractuales no se verán afectadas y que las recomendaciones relativas a las declaraciones del cedente no serán pertinentes con respecto a los créditos estatales (véase A/CN.9/603, párr. 36).*]

x) Por "título negociable" se entenderá todo título en el que se consigne un derecho de pago, por ejemplo, un pagaré o una letra de cambio, que cumpla los requisitos de negociabilidad en virtud del régimen de los títulos negociables.

y) Por "documento negociable" se entenderá todo documento en el que se consigne un derecho a la entrega de bienes corporales, por ejemplo, un resguardo de almacén o un conocimiento de embarque, que cumpla los requisitos de negociabilidad en virtud del régimen de los documentos negociables.

z) Por "promesa independiente" se entenderá toda carta de crédito (comercial o contingente), garantía independiente (pagadera a su reclamación o a su primera reclamación, o garantía bancaria o contragarantía) u otras promesas reconocidas como independientes por determinadas leyes o prácticas, entre ellas, la

Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente, las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios, las Reglas sobre Prácticas Internacionales en materia de Cartas de Crédito Contingente y las Reglas Uniformes relativas a las garantías pagaderas a su reclamación.

aa) Por "producto de una promesa independiente" se entenderá el derecho a recibir un pago adeudado, un giro aceptado, una obligación de pago diferido contraída u otro valor, entregado en cada caso por el emisor/garante en cumplimiento de una promesa independiente, o por una persona designada para entregar un valor en cumplimiento de una promesa independiente. La expresión no abarca[:] i) el derecho al cobro (es decir, a solicitar el pago) de una promesa independiente; ii) lo que se cobra al cumplir una promesa independiente o al cobrar del garante/emisor o de la persona designada o al enajenar el derecho al cobro del producto de una promesa independiente (es decir, el producto en sí).

[*Nota para el Grupo de Trabajo: en el comentario se explicará que la definición alude al "producto de una promesa independiente" para ajustarse a la terminología generalmente empleada en la legislación y las prácticas de promesas independientes. Según se emplea en la Guía, esta expresión significa el derecho del otorgante como beneficiario de una promesa independiente a cobrar todo pago u otra forma de valor que se dé en virtud de la promesa independiente en función del cumplimiento por parte del beneficiario de los términos y condiciones de la promesa independiente. La expresión no incluye el producto en sí, es decir, lo que se percibe efectivamente al realizar un cobro del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada (un recibo de valor del beneficiario otorgado por el banco negociador no debería caracterizarse como cobro o enajenación) o al enajenar un derecho al producto en virtud de una promesa independiente.*

La expresión "producto de una promesa independiente" se refiere a un derecho a cobrar, aun cuando el término "producto", tal como se emplea en la legislación y en la práctica de las garantías independientes, pueda referirse tanto al derecho a cobrar o a lo que se reciba en virtud de la promesa independiente y aun cuando en otras partes del proyecto de guía el término "producto" se emplee para hacer referencia a todo lo que se percibe. En el comentario se pondrá de relieve la distinción entre una garantía real sobre el producto de una promesa independiente (como bien gravado original) y el "producto" (un concepto clave en el proyecto de guía) de bienes abarcados por el proyecto de guía. El Grupo de Trabajo tomará nota de que la referencia al "beneficiario-otorgante" se ha suprimido por innecesaria. Esto se ajusta a la forma en que se regula en la guía el término "crédito" (en el proyecto de guía no se define el "crédito" en función del otorgante). Además, en el momento de la concesión, es posible que el otorgante aún no sea un beneficiario; en efecto, es posible que en ese momento la promesa independiente aún no exista. La cuestión de quién tiene derecho a recibir el pago depende de otra legislación (en el contexto de los créditos, por ejemplo, la Guía no especifica quién tiene derecho a recibir el pago del crédito).]

bb) Por "garante/emisor" se entenderá el banco o toda otra persona que otorgue una promesa independiente.

cc) Por "confirmante" se entenderá un banco u otra persona que agregue su propia promesa independiente a la del garante/emisor.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que, de conformidad con el artículo 6 e) de la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente, una confirmación proporciona al beneficiario la opción de exigir el pago del confirmante conforme a los términos y condiciones de la promesa independiente confirmada, y no del garante/emisor.*]

dd) Por "persona designada" se entenderá el banco o toda otra persona identificada por su nombre o categoría en una promesa independiente (por ejemplo, "un banco en el país X") que haya sido designada para entregar un valor, es decir, para comprar o pagar una suma contra la presentación de documentos, y que actúe en cumplimiento de esa designación.

ee) Un acreedor garantizado tiene el "control" con respecto al producto de una promesa independiente: i) automáticamente al constituirse la garantía real si el garante/emisor, el confirmante o la persona designada son el acreedor garantizado, o ii) si el garante/emisor, el confirmante o la persona designada han hecho un reconocimiento en favor del acreedor garantizado. El "reconocimiento" con respecto al producto de una promesa independiente significa que el garante/emisor, el confirmante o la persona designada que pagarán o que entregarán valor al procederse al cobro de una promesa independiente, i) ha reconocido o consentido, unilateralmente o mediante acuerdo (sin importar el modo en que se pruebe), la constitución de una garantía real (con independencia de que se denomine una cesión o de otro modo) en favor del acreedor garantizado sobre el producto de una promesa independiente, o ii) se ha obligado a pagar o a entregar valor al acreedor garantizado al procederse al cobro de una garantía independiente.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se especificará que las definiciones deben leerse conjuntamente con todas las recomendaciones relativas a las promesas independientes (3 d), 16, 25, 25* bis*, 25* ter*, 25* quater*, 49, 62, 106, 138 y 138* bis*).*]

ff) Por "cuenta bancaria" se entenderá toda cuenta que obre en un banco y en la cual se puedan depositar o acreditar fondos. La expresión abarca las cuentas corrientes, las cuentas de ahorro y los depósitos a plazo fijo. Este concepto no incluye los créditos frente a un banco que nazcan de la ley que rija los títulos negociables.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que el derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria abarcará el derecho al pago de fondos transferidos a una cuenta interna del banco y no aplicados a ninguna obligación adeudada al banco. En el comentario se explicará asimismo que los fondos transferidos al banco mediante el reembolso anticipado de una obligación de pago futura que el banco haya aceptado en el curso ordinario de sus negocios bancarios también quedarán abarcados en la medida en que la persona que haya dado instrucciones al banco tenga un crédito con respecto a esos fondos si el banco no efectúa el pago futuro.*]

gg) Se entenderá que un acreedor garantizado goza de "control" de los fondos acreditados en una cuenta bancaria: i) automáticamente al constituirse una garantía real en la que el banco depositario sea el acreedor garantizado; ii) cuando el banco depositario haya celebrado un acuerdo de control con el otorgante y con el

acreedor garantizado en virtud del cual el banco depositario haya accedido a seguir las instrucciones del acreedor garantizado con respecto al derecho al pago de fondos acreditados en la cuenta bancaria sin necesidad del consentimiento del otorgante; o iii) cuando el acreedor garantizado sea el titular de la cuenta.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que: i) el banco depositario no está obligado a celebrar un acuerdo de control; ii) los derechos del acreedor garantizado estarán sujetos a los derechos y obligaciones del banco depositario de conformidad con la ley y práctica que rija las cuentas bancarias; iii) el acuerdo de control requerirá el consentimiento del otorgante (así como el del banco depositario) y el otorgante conservará el derecho a negociar con los fondos de la cuenta bancaria hasta que el acreedor garantizado dé al banco depositario otras instrucciones (aunque en algunos acuerdos de control los fondos quedarían bloqueados a partir de la celebración del acuerdo de control). En el comentario se explicará también que iii) abarca las situaciones en que: i) una cuenta existente es transferida al acreedor garantizado; ii) el acreedor garantizado conviene con el otorgante que los fondos se depositen en una cuenta que se abra posteriormente, y iii) el acreedor garantizado es el único titular de la cuenta (es decir, no meramente un titular conjunto de la cuenta).*]

hh) Por "derecho de propiedad intelectual" se entenderá, al margen del régimen de las operaciones garantizadas, las patentes, las marcas de fábrica, las marcas de servicio, los secretos industriales, los derechos de autor y derechos conexos y los diseños industriales. La expresión también abarca los derechos adquiridos en virtud de las licencias correspondientes.

ii) Por "producto" se entenderá todo lo que se reciba respecto de los bienes gravados. Por ejemplo, incluirá todo lo que se reciba de resultas de la venta u otro acto de disposición o de cobro de los bienes, como el arriendo, la licencia, el producto del producto, sus frutos civiles o naturales, los dividendos que reporten, las distribuciones correspondientes, las sumas abonadas por compañías de seguros como indemnización en concepto de defectos, daño o pérdida de los bienes [*véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, así como la nota en A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7 a continuación de la recomendación 3 g).*]

jj) Por "prelación" se entenderá el derecho de una persona a obtener un beneficio económico de su garantía real sobre un bien gravado con preferencia frente a toda otra parte reclamante.

kk) Por "parte reclamante" se entenderá:

i) Otro acreedor respaldado por una garantía sobre el mismo bien gravado (ya sea en calidad de bien originalmente gravado o de producto);

ii) En el contexto de un sistema no unitario para las garantías reales para compras, el vendedor o el arrendador financiero del mismo bien gravado que haya conservado la titularidad del bien;

iii) Otro acreedor del otorgante que haga valer un derecho sobre el mismo bien gravado (por ejemplo, de pleno derecho, por embargo o por algún otro proceso análogo);

iv) El representante de la insolvencia en caso de insolvencia del otorgante; o

v) Todo comprador o beneficiario de una transferencia (incluso un arrendatario o un concesionario) del bien gravado.

ll) Por "garantía real con desplazamiento" se entenderá toda garantía constituida sobre un bien corporal efectivamente en posesión del acreedor garantizado o de un tercero (que no sea el deudor ni otro otorgante) que retenga el bien en beneficio del acreedor garantizado.

mm) Por "garantía real sin desplazamiento" se entenderá toda garantía constituida sobre: i) bienes corporales que no estén efectivamente en posesión del acreedor garantizado ni de otra persona que los retenga en beneficio de este, o ii) bienes inmateriales.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si ll) y mm) son necesarios después de haberse decidido no hacer la distinción entre las garantías reales con y sin desplazamiento. Estas expresiones sólo se utilizan en las recomendaciones 1 f) y 3 c).*]

nn) Por "posesión" se entenderá, salvo en lo dispuesto en las recomendaciones [28 y 80] con respecto al emisor de un documento negociable, la posesión efectiva de bienes corporales por una persona o por un agente o empleado de ésta, o por otra persona que los tenga en nombre de dicha persona, o por una persona independiente que reconozca que los conserva en nombre de tal persona. Este concepto no abarca la posesión deducible, ficticia o simbólica.

oo) Por "emisor" de un título negociable se entenderá la persona que esté obligada a entregar bienes corporales abarcados por el documento conforme a la ley que rija los documentos negociables.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que, en el caso del denominado conocimiento de embarque multimodal (si cumple los requisitos de la ley aplicable para ser considerado un documento negociable), el "emisor" podrá ser una persona que subcontrate a otras personas diversos tramos del transporte de las mercancías, pero que aun así asuma la responsabilidad del transporte y de los eventuales daños que se produzcan durante el mismo.*]

pp) Por "desposesión del otorgante" se entenderá la entrega efectiva de la posesión de los bienes que vayan a gravarse al acreedor garantizado o a un tercero (que no sea el otorgante ni un agente o empleado suyo) que tenga los bienes en nombre del acreedor garantizado o a una persona independiente que reconozca que los conserva para el acreedor garantizado.

qq) Por "tribunal de la insolvencia" se entenderá toda autoridad judicial o de otra índole que esté facultada para controlar o supervisar un procedimiento de insolvencia.

rr) Por "masa de la insolvencia" se entenderá todo el conjunto de bienes y derechos del deudor que estén bajo el control o la supervisión del representante de la insolvencia y sujetos al procedimiento de insolvencia.

ss) Por "procedimiento de insolvencia" se entenderá todo procedimiento colectivo, ya sea judicial o administrativo, que se entable a efectos de una reorganización o liquidación de la empresa del deudor y que se lleve a cabo conforme al régimen de la insolvencia.

tt) Por "representante de la insolvencia" se entenderá toda persona o todo órgano encargado de administrar la masa de la insolvencia.

uu) Por "comprador en el curso ordinario de los negocios" se entenderá toda persona que compre existencias, en circunstancias normales para su negocio, a un comerciante de bienes corporales de esa clase, sin que le conste que con esa venta se viola el derecho de garantía u otros derechos que pueda tener otra persona sobre esos bienes corporales.

D. Ejemplos de prácticas financieras que abarca la Guía

22. En los párrafos siguientes se dan breves ejemplos de los tipos de operaciones de crédito garantizado que la Guía tiene por objeto promover, y a los que se remitirá en todo su texto para ilustrar cuestiones concretas. Estos ejemplos representan sólo algunos de los numerosos tipos de operaciones de crédito garantizado que se realizan actualmente, y todo régimen eficaz en la materia debe ser suficientemente flexible para abarcar tanto las numerosas modalidades actuales de financiación como las que puedan surgir en el futuro.

1. Financiación de la adquisición de existencias y bienes de equipo

23. Con frecuencia las empresas desean obtener crédito para algunas de sus compras de existencias o bienes de equipo. En muchos casos, la financiación de esos bienes corporales (existencias y bienes de equipo) es facilitada por el propio vendedor. En otros, el crédito es concedido por un prestamista, que si bien puede ser un tercero independiente, algunas veces es una filial de la empresa vendedora. El vendedor conserva la titularidad de los bienes corporales adquiridos y el prestamista obtiene una garantía real sobre los bienes, de modo que quede asegurado el reembolso del crédito o préstamo.

24. A continuación se da un ejemplo de "financiación de la adquisición": La fábrica de muebles ABC desea adquirir determinadas existencias y bienes de equipo para utilizarlos en sus actividades de fabricación. ABC desea comprar pintura (que es una materia prima y, por lo tanto, forma parte de las existencias) al vendedor A. También desea comprar taladros fijos (bienes de equipo) al vendedor B y equipo con cinta transportadora al vendedor C. Por último, desea alquilar computadoras al arrendador A.

25. En virtud del contrato de compraventa celebrado con el vendedor A, ABC deberá pagar la pintura dentro de un plazo de 30 días contados a partir de la fecha de la factura del vendedor A y otorga a este una garantía sobre la mercancía para respaldar el pago. En virtud del contrato de compraventa celebrado con el vendedor B, ABC deberá pagar los taladros dentro de un plazo de 10 días contados a partir del momento de la entrega de los instrumentos en la fábrica. Para financiar esa compra, ABC solicita un crédito al prestamista A, respaldado por una garantía real constituida sobre los propios taladros. ABC también tiene una cuenta bancaria en la oficina del prestamista A y ha constituido en su favor una garantía real sobre esa cuenta como respaldo suplementario para el reembolso del crédito.

26. En virtud del contrato de compraventa celebrado con el vendedor C, ABC deberá pagar el equipo de cinta transportadora cuando este quede instalado en su fábrica y esté en condiciones de funcionar. ABC pide un crédito al prestamista B para financiar la compra e instalación del equipo del vendedor C, respaldado a su vez por una garantía real sobre el propio equipo.

27. En virtud del contrato de arrendamiento celebrado con el arrendador A, ABC alquila las computadoras por un período de dos años, durante el cual deberá abonar los pagos mensuales convenidos. ABC tendrá el derecho (aunque no la obligación) de comprar el equipo a un precio nominal al final del plazo del contrato. El arrendador A retendrá la titularidad del equipo durante el período de arrendamiento, pero al expirar el contrato, si ABC decide ejercitar su derecho de compra, se le transferirá la titularidad sobre el equipo. Este tipo de arriendo se suele denominar "arrendamiento financiero". En algunas variantes, al vencer el período de arrendamiento, la titularidad sobre el bien arrendado se transfiere automáticamente al arrendatario. Cabe distinguir entre arrendamiento financiero y lo que se suele denominar "arrendamiento simple" (*operating lease*), en que se espera que el bien arrendado todavía tenga vida útil al final del período de arriendo y no se da al arrendatario la opción de comprarlo a un precio nominal ni se le transfiere automáticamente la titularidad sobre el bien al término de ese período.

28. En cada uno de los cuatro casos mencionados, la compra de los bienes se hace posible mediante la financiación de la adquisición facilitada por otra persona (el vendedor, un prestamista o un arrendador financiero), a quien se otorgan derechos sobre el bien adquirido con objeto de garantizar el crédito. Cabe observar, como se desprende de los ejemplos, que esta clase de financiación es posible tanto con respecto a la adquisición de existencias como a la de bienes de equipo.

2. Financiación de préstamos renovables con garantía sobre las existencias y los créditos por cobrar

29. Las empresas suelen tener que invertir capital antes de generar o percibir ingresos. Por ejemplo, para que una empresa pueda generar créditos y cobrarlos, normalmente deberá invertir fondos en la adquisición de materia prima con miras a transformarla en bienes acabados y venderlos en el mercado. Según el tipo de empresa de que se trate, este proceso puede llevar varios meses. El fabricante necesitará capital de explotación para sufragar esos gastos hasta que comiencen a fluir los ingresos.

30. Una vía muy eficaz para facilitar capital de explotación es la apertura de una línea de crédito renovable o rotatorio. Con arreglo a este tipo de financiación, para satisfacer sus necesidades de capital de explotación el prestatario solicita préstamos periódicamente garantizando su reembolso con sus existencias y créditos por cobrar actuales y futuros (véase también A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.2, párr. 12). Por lo general el prestatario solicita préstamos cuando necesita comprar existencias para fabricar productos y reembolsa los préstamos cuando vende las mercancías y cobra su precio de venta. Así pues, los préstamos y los reembolsos son frecuentes (aunque no necesariamente continuos) y el monto del crédito fluctúa constantemente. Como la estructura de los préstamos renovables o rotatorios se ajusta perfectamente al ciclo económico del prestatario (cuyas etapas son la compra de existencias, la fabricación de productos, la venta de estos, la emisión de facturas o créditos por cobrar y el cobro de las mercancías, tras lo cual vuelve a empezar el ciclo),

esta estructura suele resultar, desde una perspectiva económica, sumamente eficiente y provechosa para el prestatario y le ayuda a evitar endeudarse más de lo necesario.

31. A continuación se da un ejemplo de este tipo de financiación: La empresa ABC suele tardar cuatro meses en fabricar y vender sus productos y cobrar las facturas. El prestamista B conviene en concederle un crédito renovable rotatorio para financiar los gastos del proceso. Con esa línea de crédito, ABC podrá obtener préstamos periódicamente por un importe total máximo equivalente al 50% del valor de sus existencias que el prestamista B considere aceptable cubrir (basándose, por ejemplo, en criterios como el tipo de existencias y su calidad) y al 80% del valor de sus créditos por cobrar que el prestamista B considere aceptable cubrir (basándose en criterios como la fiabilidad y solvencia de los deudores de ABC). ABC deberá reembolsar estos préstamos periódicamente, a medida que sus clientes le paguen las facturas. Para obtener la línea de crédito, ha dado en garantía sus existencias y créditos por cobrar actuales y futuros. En este tipo de créditos, también es común que el prestamista obtenga una garantía sobre la cuenta bancaria en la que se depositan los pagos de los clientes (es decir, el producto de las existencias y los créditos por cobrar).

3. Bursatilización

32. Otra forma sumamente eficaz de financiación con la utilización de los créditos por cobrar es la bursatilización. La bursatilización es una forma compleja de financiación en virtud de la cual una empresa puede obtener fondos a un costo más asequible sobre la base del valor de sus créditos por cobrar transfiriéndolos a un "dispositivo para fines especiales" de su propiedad que emitirá títulos cotizables en bolsa u otros valores en los mercados de capital que quedarán garantizados por el flujo de ingresos generados por esos créditos. Por ejemplo, esta técnica se utiliza comúnmente en situaciones en que los créditos de una empresa consisten en créditos sobre tarjetas de crédito, alquileres o hipotecas sobre viviendas, si bien es posible bursatilizar muchos otros tipos de créditos. Las operaciones de bursatilización son operaciones de financiación complejas que dependen también de las legislaciones sobre títulos valores de los Estados, así como de sus leyes sobre los créditos garantizados.

33. La bursatilización tiene la finalidad de rebajar los costos de la financiación porque el "dispositivo para fines especiales" está estructurado de una manera que hace muy remota (es decir, teóricamente imposible) su insolvencia. Con ella se reduce notablemente el riesgo que el prestamista deba tener en cuenta al fijar el tipo de interés para el préstamo. Además, dado que la fuente de crédito son los mercados de capital, pueden generarse mayores cantidades de crédito a costos inferiores a los de los préstamos bancarios normales.

34. He aquí una ilustración de una operación de bursatilización: Una sucursal de una empresa de fabricación de automóviles crea un "dispositivo para fines especiales" para adquirir los fondos derivados de arrendamientos de automóviles negociados por concesionarios de automóviles de un determinado mercado geográfico. Los arrendamientos de automóviles son comprados a los concesionarios con un descuento respecto del valor previsto de las corrientes de pagos que se espera que generen tales arrendamientos. A continuación el "dispositivo para fines especiales" emite títulos de deudas, en virtud de la legislación aplicable sobre títulos valores, a nombre de inversionistas en el mercado de capitales asegurados

por esas corrientes de ingresos. A medida que se efectúen los pagos en virtud de los arriendos, el "dispositivo para fines especiales" utilizará ese producto para pagar los títulos de deuda.

4. Financiación a plazo

35. Con frecuencia las empresas necesitan sumas elevadas para financiar gastos extraordinarios como la adquisición de equipo o de una empresa. En estos casos, los empresarios por lo general procuran obtener créditos que puedan reembolsar en un plazo determinado (amortizándolos en cuotas mensuales o trimestrales o de otra duración, con arreglo a un plan convenido, o en un único pago al final del plazo estipulado).

36. Tal como suele ocurrir en muchos otros tipos de financiación, una empresa que no goce de una solvencia crediticia reconocida tendrá dificultades para obtener créditos a plazo a menos que otorgue garantías reales sobre su patrimonio para respaldar esa financiación. El importe del crédito dependerá, en parte, del valor de liquidación neto que, según los cálculos del acreedor, se pueda obtener de los bienes que se graven. En muchos Estados, los bienes inmuebles suelen ser los únicos que se aceptan como garantía para conceder créditos a plazo y, por ende, es posible que no se les conceda este tipo de créditos con otros importantes tipos de bienes, como los bienes de equipo, o dando como garantía el valor global de toda la empresa. Este caso se dará con toda probabilidad en los Estados que no cuenten con un régimen actualizado de las operaciones garantizadas. No obstante, muchas empresas, en particular las de reciente creación, no disponen de bienes inmuebles y es posible que no se les conceda financiación a plazo. En otros Estados, en cambio, es corriente obtener financiación a plazo dando en garantía bienes muebles, como los bienes de equipo o, incluso, derechos de propiedad intelectual y el valor global de toda la empresa.

37. A continuación se da un ejemplo de este tipo de financiación: La empresa ABC desea expandirse y adquirir una empresa en el Estado Y. Para financiar esa adquisición solicita un préstamo al prestamista C dando en garantía la mayoría sustancial de los bienes de la empresa que desea adquirir. El préstamo es reembolsable en cuotas mensuales iguales, pagaderas a lo largo de un período de 10 años. Como garantía del pago se gravan, en beneficio del prestamista, los bienes actuales y futuros de ABC y de la entidad que se está adquiriendo.

5. Transferencia de la titularidad con fines de garantía

38. En los Estados que reconocen una forma de transferencia de la propiedad que no entraña la transferencia de la posesión a efectos de la concesión de créditos, existe un tipo de operación denominada transferencia de la titularidad como garantía (o algunas veces transferencia "fiduciaria" de la titularidad). Esas operaciones constituyen, en principio, garantías reales sin desplazamiento y se utilizan en particular en los Estados cuyo régimen de las operaciones garantizadas todavía no ha reconocido debidamente las garantías reales sin desplazamiento.

6. Operaciones de venta con arriendo sucesivo del bien al vendedor

39. La "operación de venta con arriendo sucesivo del bien al vendedor" es uno de los métodos por los cuales una empresa puede obtener crédito sobre la base de los bienes corporales que posea (generalmente bienes de equipo) conservando la posesión de los bienes y el derecho a utilizarlos para la explotación de su negocio. En esa clase de operaciones la empresa vende sus bienes a otra persona a cambio de una suma determinada (que puede utilizar después como capital de explotación para sufragar gastos de capital o con otros fines). Simultáneamente, la empresa arrienda el equipo vendido a la otra persona durante un plazo y a un precio estipulados en el contrato de arrendamiento. Con frecuencia se trata de un "arrendamiento financiero", y no de un "arrendamiento simple" (en el párrafo 27 *supra* figura la definición de las dos expresiones).

II. Objetivos clave de todo régimen eficaz y eficiente de las operaciones garantizadas

40. Con miras a ofrecer a los legisladores soluciones prácticas y eficaces, en la Guía se ha tratado de estudiar y de formular más explícitamente los objetivos clave que debe tener todo régimen eficaz y eficiente de las operaciones garantizadas y los aspectos fundamentales que debería regular. Esos objetivos y aspectos se exponen a continuación.

A. Fomentar la concesión de créditos garantizados

41. El objetivo primordial y general de la Guía es alentar a los legisladores de los Estados a que, adoptando un régimen de las operaciones garantizadas inspirado en las recomendaciones que en ella se enuncian, faciliten la concesión de créditos garantizados a un costo asequible, contribuyendo así a que el acceso a esos créditos beneficie a los particulares y a la economía del país en general (véase el párrafo 2 *supra*).

B. Ofrecer la posibilidad de aprovechar al máximo el valor de los bienes para respaldar el crédito en una amplia variedad de operaciones crediticias

42. La eficacia del régimen de las operaciones garantizadas dependerá de que se dé a las empresas la posibilidad de aprovechar plenamente el valor inherente a sus bienes con miras a obtener crédito mediante operaciones crediticias muy diversas. Para cumplir este objetivo, en la Guía se insiste en la importancia de formular el régimen en términos muy amplios, concretamente: i) permitiendo gravar una amplia variedad de bienes (entre ellos los bienes actuales y futuros); ii) permitiendo constituir garantías reales para respaldar muy diversas obligaciones (incluidas las obligaciones futuras y condicionadas, monetarias y no monetarias), y iii) haciendo extensivas las ventajas del régimen a una amplia variedad de deudores, acreedores y operaciones crediticias.

C. Facilitar la obtención de garantías reales de manera sencilla y eficiente

43. El costo del crédito disminuirá si el régimen permite constituir garantías de forma eficiente. Por esa razón, en la Guía se sugieren métodos para racionalizar los procedimientos correspondientes y reducir así los gastos de las operaciones. Con este fin, se propone que se elimine todo trámite innecesario, que se utilice un sólo método para la constitución de garantías reales, en vez de prever múltiples mecanismos de garantía para los distintos tipos de bienes gravados, y que se permita constituir garantías reales sobre bienes futuros y efectuar futuros anticipos de crédito sin necesidad de que las partes presenten nuevos documentos ni adopten medidas suplementarias.

D. Reconocer la autonomía contractual de las partes

44. Habida cuenta de que el régimen de las operaciones garantizadas debe brindar máxima flexibilidad y eficacia a largo plazo a fin de abarcar una amplia variedad de operaciones de crédito, incluso las que vayan surgiendo y evolucionando con el tiempo, en la Guía se insiste en la necesidad de reducir al mínimo las normas imperativas con objeto de que las partes puedan adaptar a sus necesidades concretas las operaciones que realicen. Al mismo tiempo, se toma en consideración el hecho de que puede haber otras leyes que amparen los intereses legítimos de los consumidores o de otras personas y se especifica que el régimen de las operaciones garantizadas no debería prevalecer sobre esas leyes.

E. Tratar por igual a las diversas fuentes de financiación

45. Reconociendo que la sana competencia entre todos los posibles acreedores es una manera eficaz de reducir el costo del crédito, en la Guía se recomienda que el régimen de las operaciones garantizadas se aplique por igual a las distintas categorías de acreedores, tanto a los bancos como a las demás instituciones financieras, y tanto a los acreedores nacionales como a los extranjeros en general.

F. Reconocer la validez de las garantías reales sin desplazamiento

46. Dado que la constitución de una garantía real no debería impedir que el deudor u otro otorgante mantuvieran la empresa en funcionamiento ni dificultar la continuación de los negocios, en la Guía se recomienda que el régimen de las operaciones garantizadas permita la constitución de garantías reales sin desplazamiento sobre una amplia variedad de bienes, y que al mismo tiempo prevea mecanismos de publicidad para dar a conocer la existencia de esas garantías.

G. Fomentar un comportamiento responsable de todas las partes reforzando la previsibilidad y la transparencia

47. Dado que un régimen eficaz de las operaciones garantizadas debe inducir también a todas las partes que intervengan en una operación de crédito a actuar con responsabilidad, en la Guía se procura promover la previsibilidad y la transparencia a fin de que las partes puedan sopesar todas las cuestiones jurídicas que plantee su operación y establecer sanciones apropiadas en caso de incumplimiento de las normas aplicables, respetando al mismo tiempo el carácter confidencial de la información y teniendo en cuenta los problemas que puedan plantearse al respecto.

H. Establecer un orden de prelación claro y previsible

48. De poco o nada serviría la garantía real si en el momento de efectuarse la operación el acreedor no puede determinar qué grado de prelación tendrá su derecho sobre el bien constituido en garantía frente a los demás acreedores (incluido el representante de la insolvencia). Así pues, en la Guía se propone que se establezca un sistema de inscripción de las garantías reales en un registro público y que, sobre la base de ese sistema, se enuncien reglas claras que permitan que los acreedores, al iniciar la operación, determinen de forma fiable, oportuna y económica la prelación de sus garantías reales.

I. Facilitar la ejecución de la garantía del acreedor de forma previsible y eficiente

49. De poco o nada servirá además la garantía real si el acreedor no puede ejecutarla de manera previsible y eficiente. Así pues, en la Guía se sugieren procedimientos que permitan a los acreedores hacer ejecutar sus garantías sometiendo la ejecución, en su caso, a control judicial o a otro tipo de control, supervisión o revisión oficial. También se recomienda a los Estados que coordinen estrechamente las disposiciones de su régimen de las operaciones garantizadas con las de su régimen de la insolvencia a efectos de respetar la eficacia y la prelación que pueda tener una garantía real antes de la apertura de un procedimiento de insolvencia, así como su valor económico, con arreglo a las disposiciones pertinentes del régimen de la insolvencia.

J. Compaginar los intereses de las personas afectadas

50. Como las operaciones garantizadas afectan a los intereses de diversas personas, entre ellas el deudor, otros otorgantes, los acreedores concurrentes (por ejemplo, los acreedores garantizados, privilegiados y ordinarios), los compradores y otros beneficiarios, así como a los intereses del Estado, en la Guía se proponen normas que permitan tener en cuenta todos esos legítimos intereses y cumplir de forma equilibrada todos los objetivos enumerados en la presente sección.

K. Armonizar los regímenes de las operaciones garantizadas, incluidas las normas sobre conflicto de leyes

51. La adopción de legislación basada en las recomendaciones enunciadas en la Guía dará lugar a la armonización de los regímenes de las operaciones garantizadas (concretamente mediante la promulgación de leyes sustantivas análogas que facilitarán el reconocimiento transfronterizo de las garantías reales). Este resultado ya promoverá de por sí el comercio internacional y la circulación de bienes y servicios entre los países. Por otra parte, si no fuera posible armonizar del todo los regímenes nacionales, las normas sobre conflicto de leyes serían particularmente útiles para facilitar las operaciones transfronterizas. Sin duda lo serían, por ejemplo, para ayudar a los acreedores garantizados a determinar la manera de hacer valer sus garantías reales frente a terceros.

A/CN.9/WG.VI/WP.27/Add.2

Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

ADICIÓN

ÍNDICE

					Párrafos
IX.	Incumplimiento y realización de la garantía				1-44
	A.	Observaciones generales			1-44
		1.	Introducción		1-7
		2.	Incumplimiento		8-9
		3.	Realización de la garantía		10-44
			a)	Consideraciones generales	10-14
			b)	Notificación de la intención de realizar la garantía por vía extrajudicial	15-16
			c)	Supervisión judicial requerida de la realización de una garantía	17-21
			d)	Autonomía de las partes para convenir en la vía de realización de la garantía	22
			e)	Aceptación de los bienes gravados en cumplimiento de la obligación garantizada	23-24
			f)	Redención de los bienes gravados	25-26
			g)	Autorización dada al otorgante para disponer del bien gravado	27
			h)	Sustracción de los bienes gravados del control del otorgante	28-29
			i)	Venta u otro acto de disposición de los bienes gravados	30-33
			j)	Distribución del producto de la enajenación	34-35
			k)	Extinción de la garantía real	36
			l)	Variaciones respecto del marco general	37-43
			m)	Actuación judicial a instancia de algún otro acreedor	44
	B.	Recomendaciones			

IX. Incumplimiento y realización de la garantía

A. Observaciones generales

1. Introducción

1. Todo acreedor garantizado parte de la previsión de que, en el curso normal de su operación garantizada, el otorgante[1] cumplirá sus obligaciones, por lo que no se verá obligado a hacer valer su garantía real sobre los bienes gravados. Por su parte, el otorgante confía también en cumplir con sus obligaciones. No obstante, uno y otro reconocerán que puede suceder que el otorgante se vea en la imposibilidad de cumplir su obligación. Ello puede deberse a algún error de gestión o de discernimiento comercial del otorgante o a causas ajenas a su voluntad, como pudiera ser una coyuntura desfavorable en algún ramo industrial o en la economía en general.

2. Todo acreedor garantizado acostumbra a inspeccionar periódicamente la marcha del negocio de su otorgante y el estado de los bienes gravados, y se pondrá en contacto con todo otorgante que atraviese dificultades financieras. Un otorgante en dificultades suele cooperar con sus acreedores para buscar una salida a esas dificultades, y cabe que trabajando de consuno concierten un "concordato" o un "arreglo financiero" que extienda el calendario de pago, modifique de algún otro modo la obligación del otorgante o añada o reste bienes de la masa gravada. La negociación de un concordato suele llevarse a cabo a la sombra de dos factores jurídicos que pudieran ser decisivos: el derecho de todo acreedor garantizado de realizar su garantía sobre los bienes gravados en todo supuesto de incumplimiento por el otorgante de su obligación garantizada, y la posibilidad de que se declare abierto un procedimiento de insolvencia a instancia del propio otorgante o en su contra. Ahora bien, es poco probable que el otorgante no se haya dado cuenta de que está incumpliendo sus obligaciones, por lo que no suele suceder que el otorgante se entere de su incumplimiento por medio de un aviso proveniente de un acreedor garantizado.

3. En la raíz de todo régimen de las operaciones garantizadas está el derecho del acreedor garantizado de contar con el valor de los bienes gravados para satisfacer la obligación garantizada, en el supuesto de que el otorgante incumpla su obligación. La disponibilidad de una vía eficiente y económica que permita que todo acreedor pueda prever con exactitud el tiempo y los gastos inherentes a la realización de su garantía sobre los bienes gravados es un factor que influirá sobre la disponibilidad y el precio del crédito financiero ofrecido. Todo régimen de las operaciones garantizadas debe, por ello, ofrecer reglas de fondo y de procedimiento que ofrezcan una vía predecible, eficiente y económica para la realización de toda garantía real a raíz del incumplimiento de un otorgante. Ese régimen debe ser claro, sencillo y transparente a fin de que no haya duda alguna de que podrá realizarse la suma garantizada por los bienes gravados con toda rapidez, eficiencia y economía. Ese régimen deberá amparar, al mismo tiempo, todo interés legítimo del otorgante o

---

[1] En el marco de las observaciones generales se utilizará el término "otorgante" por ser, en la inmensa mayoría de los casos, el otorgante el propio deudor. De hacerse alguna referencia explícita a un tercero otorgante que no sea el deudor, se utilizará donde corresponda el término "deudor".

de toda otra persona con algún derecho real sobre los bienes gravados, así como los intereses de los demás acreedores del otorgante.

4. El presente capítulo examina la realización por el acreedor garantizado de su garantía real en todo supuesto en que el otorgante incumpla (véanse párrs. 8 y 9) la obligación garantizada sin que se haya abierto un procedimiento de insolvencia, o tras haber obtenido la autorización del órgano competente, de haberse ya abierto un procedimiento (la insolvencia es tratada en el cap. IX).

5. La presente Guía se ocupa de la cesión pura y simple de créditos por cobrar. Ahora bien, en una cesión pura y simple, el cedente suele ceder todo derecho que posea sobre los créditos por cobrar. Por ello, dicho cedente no retiene ningún derecho sobre dichos créditos ni derecho alguno sobre su realización (la vía normal será su cobro). Por consiguiente, el presente capítulo trata de la cesión pura y simple de un crédito por cobrar en la medida únicamente en que el cesionario posea algún derecho de repetición o de recurso contra el cedente por la falta de cobro de los créditos cedidos. Ése será el único supuesto en el que el cedente estará interesado en el método seguido para la realización o en algún otro aspecto del cobro o de la enajenación por alguna otra vía de los créditos por cobrar.

6. El acreedor garantizado (cesionario) podrá recurrir contra el otorgante por la falta de cobro de unos créditos por cobrar, que hayan sido objeto de una cesión pura y simple, en el supuesto de que el otorgante (cedente) haya garantizado el pago total o parcial de los créditos cedidos, por el deudor o deudores en cuenta de dichos créditos. Puede que el acreedor disponga de algún otro motivo para recurrir contra el otorgante en virtud de algún otro arreglo funcionalmente equivalente a una garantía, como pudiera ser el de que i) el otorgante haya convenido en volver a comprar un crédito por cobrar vendido al cesionario en el supuesto de que el deudor en cuenta de dicho crédito incumpla su obligación de pago, o ii) en el supuesto de que el otorgante convenga en pagar al acreedor garantizado toda insuficiencia de la suma efectivamente cobrada por los créditos cedidos respecto del precio de compra a granel de los créditos por cobrar.

7. Todo recurso o acción de resarcimiento contra el otorgante por "falta de cobro" en el sentido aquí dado a ese término, se refiere al impago de un crédito por su deudor por razones financieras, como pudiera ser su insolvencia. Ello significa, por ejemplo, que el impago, por un deudor en cuenta, atribuible al mal estado de las mercancías o a la calidad deficiente de los servicios prestados o por no haber satisfecho el otorgante (cedente) las especificaciones del deudor en cuenta del crédito cedido, respecto de las mercancías entregadas o de los servicios prestados, no debe ser considerada como falta de cobro en el sentido aquí dado a dicho término.

2. Incumplimiento

8. El acuerdo entre las partes y el régimen legal general que sea aplicable a las obligaciones determinarán si el otorgante ha incumplido y cuáles son las consecuencias de su incumplimiento (por ejemplo, la de si el otorgante podrá aún remediar su incumplimiento y la de si se habrá de dar aviso de dicho incumplimiento)[2].

---

[2] Dicho aviso debe distinguirse de la obligación impuesta sobre el acreedor garantizado de dar aviso de toda enajenación extrajudicial de un bien gravado.

9. A grandes rasgos cabe decir que el otorgante incurre en incumplimiento si no cumple la obligación garantizada y que, a raíz de dicho incumplimiento, el acreedor garantizado podrá proceder a realizar su garantía real sobre los bienes gravados. Lo normal será que el otorgante trate de impugnar ante el tribunal competente el alegato del acreedor garantizado de que el otorgante ha incurrido en incumplimiento, o la exactitud de la suma alegada como debida a raíz del incumplimiento. A fin de evitar toda demora indebida de una realización justificada de la garantía, debe agilizarse toda intervención judicial. Deben incorporarse salvaguardias procesales que disuadan toda impugnación infundada, por parte del otorgante, con miras a demorar una realización justificada. Ahora bien, aun cuando no haya impugnado, por alguna de estas razones, el alegato del acreedor garantizado con anterioridad a la realización de la garantía sobre los bienes gravados, el otorgante podrá hacerlo ulteriormente al intentar el acreedor garantizado cobrar cualquier insuficiencia de la suma percibida.

3. Realización de la garantía

a) Consideraciones generales

10. Es importante que el régimen aplicable tenga en cuenta los derechos del otorgante, de toda otra persona con algún derecho sobre los bienes gravados y de los demás acreedores. Muchos regímenes imponen como norma general y suprema a este respecto, la obligación de que el acreedor garantizado obre de buena fe al realizar su garantía real, actuando conforme a las prácticas o normas de prudencia comercial imperantes en el mercado. Dada la importancia de esta obligación, el acreedor garantizado y el otorgante no podrán estipular en ningún momento una renuncia a esta obligación o modificación alguna de la misma. Todo acreedor garantizado que no cumpla con sus obligaciones a tenor de este capítulo deberá responder por concepto de daños ante toda persona perjudicada por su incumplimiento. Por ejemplo si la inobservancia de una conducta comercialmente prudente da lugar a que el acreedor garantizado enajene los bienes gravados por una suma inferior a la normal, el acreedor garantizado deberá responder ante toda persona damnificada por el monto de dicho diferencial o deficiencia.

11. A reserva de su obligación básica de obrar de buena fe y con prudencia comercial, el otorgante y el acreedor garantizado podrán, pero únicamente tras el incumplimiento del otorgante, renunciar de común acuerdo al cumplimiento de las restantes obligaciones descritas en el presente capítulo. Se ampara así al otorgante frente a toda presión eventual por parte del acreedor garantizado para que renuncie o modifique alguna de esas obligaciones en el momento de concertar la operación garantizada. Cabrá, en cambio, renunciar a ellas a raíz del incumplimiento del otorgante, ya que esa renuncia puede facilitar una “concertación” amigable de la enajenación de los bienes gravados con miras a maximizar la cuantía obtenida en provecho del acreedor garantizado, del otorgante y de los demás acreedores del otorgante. Además, en esta etapa, el acreedor garantizado habrá facilitado ya el crédito financiero solicitado, y no debe olvidarse que el otorgante suela ser quién mejor conoce los bienes gravados y la vía más provechosa para enajenarlos.

12. La cuestión clave que ha de resolverse en todo régimen de operaciones garantizadas es la de determinar cuáles son las modificaciones, de haber alguna, que deben introducirse en las reglas generales para el cobro de las deudas con miras a facilitar la realización de una garantía real. Por ejemplo, algunos regímenes han

previsto una vía judicial agilizada, mientras que otros facultan, al menos a título preliminar, al acreedor garantizado para determinar si ha habido incumplimiento y, en dicho supuesto, para tomar posesión de los bienes gravados y enajenarlos, sin intervención judicial o administrativa directa, pero obrando de buena fe y con prudencia comercial y sin menoscabo de toda intervención judicial obtenible a instancia del otorgante. Toda vía judicial o extrajudicial agilizada debe, no obstante, amparar el derecho a ser oída, en defensa de sus intereses legítimos, de toda persona con algún derecho sobre los bienes gravados. Además, la asignación de recursos en el marco del sistema judicial y toda delegación de poderes a particulares para adoptar medidas que afectan a otras personas suscita cuestiones de interés público. Al determinar el cometido asignable al poder judicial o a la autoridad administrativa competente en la realización de una garantía real, debe obrarse con toda la claridad y sencillez posible.

13. Maximizar la suma obtenida al enajenar los bienes gravados a raíz del incumplimiento del otorgante obra en provecho de todos los interesados (es decir, del acreedor garantizado, del deudor o del otorgante y de los acreedores ordinarios). El acreedor garantizado puede verse beneficiado por la reducción de toda deuda residual no sufragada por el otorgante una vez destinado el producto de la enajenación de los bienes gravados a la satisfacción de la obligación garantizada. Al mismo tiempo, tanto el garante como sus demás acreedores se beneficiarán de dicha reducción o de todo excedente a que la realización de los bienes gravados pueda dar lugar. Todo régimen de las operaciones garantizadas que simplifique y abarate la enajenación de los bienes gravados o el cobro, al tiempo que obliga al acreedor garantizado a obrar de buena fe y con prudencia comercial, aumentará el producto reportado por la enajenación de los bienes gravados.

14. La garantía real cobrará todo su valor para el acreedor garantizado si el otorgante atraviesa dificultades financieras. Esas dificultades aumentan la probabilidad de que incumpla sus obligaciones y de que se abra un procedimiento de insolvencia voluntario o involuntario. En el capítulo IX se examina el efecto que puede tener la apertura de un procedimiento de insolvencia sobre la garantía de un acreedor garantizado y sobre el valor asignable a los bienes gravados por el acreedor garantizado.

b) Notificación de la intención de realizar la garantía por vía extrajudicial

15. Todo régimen de las operaciones garantizadas que prevea la realización por vía extrajudicial de la garantía suele exigir que se dé aviso de la intención de enajenar los bienes gravados a toda persona que pueda verse afectada por el acto de disposición (por ejemplo, al deudor, a un tercero otorgante o a toda persona con algún derecho sobre los bienes gravados) especificando el momento y lugar donde tendrá lugar. La principal ventaja de notificar al deudor u otorgante no es sino la de prevenirlos para que puedan actuar en defensa de sus intereses (el deudor será consciente del incumplimiento pero un tercero otorgante pudiera ignorarlo), remediando el incumplimiento del deudor, si no hay nada que lo impida, o buscando un buen comprador para los bienes gravados. Dar aviso a los demás interesados les permitirá seguir el curso de la realización incoada por el acreedor garantizado y, caso de ser alguno de ellos un acreedor garantizado con prelación superior (y haber el deudor incurrido en incumplimiento frente a él) podrá participar en el proceso de enajenación o hacerse cargo de dicho proceso. Cabe citar como inconvenientes del

aviso los gastos que pueda suponer, la oportunidad que ofrecerá a todo otorgante mal dispuesto para poner los bienes gravados fuera del alcance del acreedor y la posibilidad de que sirva de pretexto para que los demás acreedores se precipiten a hacer valer todo derecho de que dispongan frente al negocio del otorgante, interfiriendo con el proceso de enajenación de los bienes gravados. Además, de no haberse previsto alguna vía de notificación sencilla y clara, dicha obligación entraña el riesgo de algún incumplimiento "técnico" que dé lugar a un litigio o a la pérdida indebida de algún derecho. Muchos de los ordenamientos que exigen que se dé aviso de la intención de enajenar los bienes gravados, no exigen en cambio que se dé aviso del incumplimiento (véanse párrs. 8 a 9) ni de la realización por vía extrajudicial de la garantía.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Tal vez proceda revisar el texto del comentario según que se retenga o no la recomendación 99 en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.1 concerniente al aviso que ha de darse de la intención de realizar la garantía por vía extrajudicial.*]

16. Al igual que en otras situaciones en que se requiera dar aviso, en aquellos ordenamientos jurídicos en los que se exige que se notifique el incumplimiento, el régimen de las operaciones garantizadas suele indicar cuál ha de ser el contenido mínimo de la notificación y la manera y el momento en que se ha de dar. Al hacerlo, la ley puede distinguir entre el aviso que ha de darse al deudor y al otorgante, en el supuesto de que este no sea el deudor, y el aviso que ha de darse a los demás acreedores, a las autoridades públicas o al público en general. Debe analizarse, en función de su costo, la procedencia de obligar al acreedor garantizado, que vaya a enajenar los bienes gravados, a dar previo aviso por escrito a otros que no sean ni el deudor ni el otorgante ni otros acreedores garantizados de los que se tenga noticia, por ejemplo, por haber inscrito su garantía en un registro o por haber notificado de algún otro modo la existencia de su derecho al acreedor garantizado. Cabe también que el secretario del registro esté obligado a dar dicho aviso a todo acreedor que haya inscrito su garantía (véase el artículo 54 de la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias). En cuanto a la información que habrá de darse en dicho aviso al deudor o al otorgante, tal vez proceda también determinarla en función de su costo. La ley puede exigir que el acreedor garantizado presente su estimación de la suma debida a raíz del incumplimiento. Tal vez le exija además que informe al deudor o al otorgante de todo paso que pueda aún darse para saldar la obligación garantizada o, de existir ese derecho, para remediar el incumplimiento. Cabe que el acreedor deba además indicar, aunque sólo sea a título provisional, todo paso que vaya a dar para enajenar los bienes gravados. El aviso dado a los demás interesados no habrá de ser, en cambio, tan específico.

c) Supervisión judicial requerida de la realización de una garantía

17. Una cuestión clara de todo régimen de las operaciones garantizadas es la de determinar hasta qué punto el acreedor garantizado deberá recurrir a los tribunales o a alguna otra autoridad competente (un alguacil, un notario público o algún órgano de la policía) para realizar su garantía real, en vez de hacerlo por alguna vía extrajudicial. A fin de amparar al otorgante y a toda parte con algún derecho sobre los bienes gravados, algunos ordenamientos exigen que el acreedor garantizado obre exclusivamente a través de la vía judicial o de alguna otra autoridad competente para realizar su garantía real. Ahora bien, suele suceder que la vía judicial no

permite obtener ni un resultado rápido y económico ni el máximo rendimiento posible de los bienes gravados, por lo que el recurso a la vía judicial suele reducir la disponibilidad de crédito financiero y encarecerlo. Las demoras y los gastos que ocasiona reducirán el valor de realización de los bienes gravados y serán sin duda incorporados al precio global de la operación financiera.

18. A fin de evitar estos problemas, algunos ordenamientos jurídicos permiten que el acreedor garantizado realice el valor de su garantía sin tener que acudir ante los tribunales o ante alguna otra autoridad competente. En esos ordenamientos suele suceder que el tribunal competente deberá estar disponible para intervenir en todo momento, pero sólo lo hará a instancia de una persona interesada. De estar bien estructurada, toda vía utilizable debe amparar debidamente al otorgante y a toda otra persona interesada en que se obtenga el mayor rendimiento posible de los bienes gravados sin dejar por ello de ofrecer una vía de disposición eficiente de los bienes gravados. En estos ordenamientos, se autoriza a menudo al acreedor garantizado para realizar el valor de su garantía real sin intervención previa alguna de una institución oficial, como pudieran ser los tribunales, alguaciles o algún órgano de la policía. Otros ordenamientos han previsto una intervención previa pero limitada de alguna institución oficial en el proceso de realización. El acreedor garantizado podrá, por ejemplo, solicitar de un tribunal un mandato de restablecimiento en la posesión, que el tribunal podrá emitir sin audiencia previa (aun cuando el deudor podrá incoar un procedimiento independiente para impugnar ese mandato; véase el artículo 57 de la Ley Modelo Interamericana). En tal caso, una vez en posesión del bien, el acreedor garantizado podrá venderlo directamente sin intervención judicial, observando ciertos trámites prescritos (véase el artículo 59 de la Ley Modelo Interamericana). Se aduce a favor de esta vía la mayor flexibilidad, rapidez y economía de dejar que el acreedor garantizado o un tercero de confianza tome posesión de los bienes gravados y disponga de ellos, en vez de encomendar esta tarea a alguna autoridad pública. La accesibilidad de la vía judicial a instancia de toda parte interesada y las obligaciones legales que habrán de observarse en la realización del valor de la garantía hacen que no sea necesario prescribir el recurso a dicha vía. La posibilidad de obtener una intervención judicial suele motivar lo bastante a los interesados para actuar y cooperar con prudencia y buen sentido.

19. Ahora bien, incluso en esos ordenamientos cabe acudir ante los tribunales para hacer valer toda reclamación legítima o toda excepción oponible por el otorgante o algún otro interesado que goce de algún derecho sobre los bienes gravados. A fin de informar a esas partes y darles alguna oportunidad de responder, se puede exigir del acreedor garantizado que dé aviso previo de la enajenación de los bienes e incluso del incumplimiento que la haya motivado (véanse párrs. 8 y 9). Además, el acreedor garantizado no podrá ejercitar su derecho para hacerse con la posesión de los bienes gravados si ello entraña alguna alteración del orden público. Más aún, al disponer de los bienes gravados, el acreedor garantizado deberá actuar con “prudencia comercial” (véase párr. 10). Con este requisito se trata de conciliar los intereses contrapuestos del otorgante (y de sus otros acreedores) con los del acreedor garantizado, al dar a este un margen flexible para recurrir a una vía eficiente de disponer de los bienes gravados a fin de realizar con la mayor economía posible su valor de garantía, sin dejar por ello de amparar al otorgante contra toda actuación del acreedor garantizado que no sea comercialmente razonable.

20. Aun cuando esté facultado para actuar sin intervención oficial, todo acreedor garantizado tendrá igualmente derecho a realizar su garantía real por la vía judicial. El acreedor garantizado puede tener más de una razón para interponer una acción judicial, en vez de actuar por sí mismo. Por ejemplo, cabe que el acreedor garantizado desee evitar el riesgo de que su actuación sea ulteriormente impugnada, o que haya llegado a la conclusión de que deberá, en todo caso, interponer una acción judicial para reclamar todo valor residual de su crédito garantizado no satisfecho por el valor de realización de los bienes gravados. El haber optado por una vía de realización de su garantía, no impedirá que el acreedor garantizado opte por otra vía en alguna etapa ulterior.

21. Haya o no de acudir ante los tribunales, el acreedor garantizado dispondrá en muchos ordenamientos de alguna vía judicial agilizada para hacer valer su garantía real. Cabe que se haya reducido el plazo en que haya de actuar el tribunal o que se hayan limitado las acciones o las excepciones que los demás interesados puedan interponer. Si el tribunal concluye que ha habido incumplimiento del otorgante, la finalidad de toda resolución judicial deberá ser satisfacer, a la mayor brevedad, el crédito garantizado del acreedor. El tribunal estará normalmente facultado para ordenar que el otorgante pague la obligación cuando sea él quien ha de enajenar los bienes gravados bajo supervisión judicial, o que haga entrega de sus bienes al acreedor garantizado o al tribunal para que dispongan de ellos.

d) Autonomía de las partes para convenir en la vía de realización de la garantía

22. Otra cuestión esencial es la de determinar hasta qué punto el acreedor garantizado podrá estipular con el otorgante alguna modificación respecto del marco legal que sea por lo demás aplicable para la realización de una garantía real. En algunos ordenamientos, el procedimiento para la realización de una garantía estará regulado por alguna norma legal de rango imperativo que las partes deberán respetar en su acuerdo. En otros ordenamientos, las partes podrán estipular al margen de dicho marco legal con tal de que su acuerdo no suponga una violación del orden público interno, de algún derecho de un tercero o del orden de prelación de los créditos (particularmente, de haberse abierto un procedimiento de insolvencia). Otros ordenamientos insisten en la eficiencia de la vía de realización elegida, sin asignar a la vía judicial ninguna exclusividad o primacía al respecto. Aun cuando se limite el alcance de toda modificación estipulada respecto del marco legal establecido, dar autonomía a las partes, para estipular a raíz del incumplimiento, algunas de las consecuencias de su intercambio, puede obrar en aras de una asignación más eficiente de los recursos entonces disponibles. Ahora bien, esa autonomía pudiera prestarse a abusos en el momento de concluirse el acuerdo constitutivo de la garantía. Por ello, el régimen legal tal vez sólo deba reconocer aquellos acuerdos, estipulados al margen del marco legal establecido, que sean concertados una vez que el otorgante haya incurrido en incumplimiento. En todo caso, no cabrá estipular renuncia o modificación alguna de la obligación de todo acreedor garantizado de obrar de buena fe y con prudencia comercial (véase párr. 10).

e) Aceptación de los bienes gravados en cumplimiento de la obligación garantizada

23. A raíz del incumplimiento, el acreedor garantizado podrá proponer al otorgante que el acreedor garantizado acepte los bienes gravados en cumplimiento total o parcial de la obligación garantizada. En la mayoría de los ordenamientos, toda estipulación que confiera automáticamente la propiedad de los bienes gravados al acreedor garantizado con posterioridad al incumplimiento no será ejecutable, pero en algunos sí lo sería si el acuerdo es posterior al incumplimiento. La ventaja de admitir la validez de un acuerdo concertado con posterioridad al incumplimiento radica en que ese acuerdo tenderá a agilizar la realización de la garantía y a minimizar los gastos. Al reducirse así los gastos y los riesgos de la realización se estará beneficiando tanto al acreedor garantizado como al otorgante. Su inconveniente radica en que esta vía se presta a abusos en aquellos casos raros en los que i) el valor de los bienes gravados sea superior al de la obligación garantizada y ii) el acreedor garantizado disponga, incluso con posterioridad al incumplimiento, de algún poder inusual sobre el otorgante o sobre algún tercero interesado.

24. Pudiera bastar para que el régimen prevenga tales abusos del acreedor garantizado, que se haga depender la validez de dichos acuerdos del consentimiento no sólo del otorgante sino también de todo tercero con algún derecho sobre los bienes gravados y que se dé a toda persona cuyo consentimiento sea necesario o que pueda oponer algún derecho una facultad de veto incondicional sobre tales acuerdos. Cabría además exigir el consentimiento previo de un tribunal en casos como el de que se haya pagado ya una porción importante de la obligación garantizada. Cabría asimismo que la ley exigiera una tasación oficial de los bienes gravados. No obstante, al igual que en otros casos, toda imposición de una intervención judicial en un procedimiento convenido entre las partes debe ser sopesada a la luz de los gastos que esa intervención puede ocasionar a las partes.

f) Redención de los bienes gravados

25. La mayoría de los ordenamientos suelen permitir que un otorgante que haya incumplido su obligación redima los bienes gravados antes de que el acreedor garantizado disponga de ellos, abonando la suma pendiente de pago, junto con los intereses y todo gasto de realización incurrido hasta ese momento. La redención de los bienes gravados pone término a la operación de garantía. La esperanza de redimir esos bienes puede además alentar al otorgante a buscar algún comprador o a vigilar de cerca la actuación del acreedor garantizado. La redención de los bienes gravados no es lo mismo que el restablecimiento de la obligación garantizada. De estar permitido por la normativa legal general de las obligaciones, el restablecimiento de una obligación garantizada (abonando por ejemplo una cuota impagada antes de que se enajenen los bienes) remedia el incumplimiento y restablece la obligación que seguirá estando garantizada por los bienes gravados. La redención de los bienes gravados sólo se obtiene al cumplirse plenamente la obligación garantizada.

26. El otorgante suele retener su derecho a redimir el bien gravado mientras el acreedor garantizado no haya: i) enajenado el bien gravado o completado el cobro del valor de la garantía; ii) concertado un compromiso para su enajenación; o iii) aceptado el bien gravado en cumplimiento total o parcial de la obligación garantizada.

g) Autorización dada al otorgante para disponer del bien gravado

27. A raíz del incumplimiento, el acreedor garantizado deseará que se obtenga el mejor precio de venta posible de los bienes gravados, y sucede a menudo que el otorgante conocerá mejor el mercado para dichos bienes, por lo que cabría otorgarle, a raíz del incumplimiento, un breve plazo durante el cual podrá disponer de los bienes gravados. Ahora bien, tal vez sea preferible encomendar al otorgante que busque un buen comprador para el acreedor garantizado, sin fijar plazo alguno durante el cual el acreedor garantizado no podrá adoptar medidas para la enajenación de los bienes gravados. En todo caso, convendría estructurar el régimen de forma que el otorgante se sienta incentivado para cooperar con el acreedor garantizado.

h) Sustracción de los bienes gravados del control del otorgante

28. A raíz del incumplimiento del otorgante, el acreedor garantizado que no esté ya en posesión de los bienes gravados temerá que dichos bienes puedan ser dispersados o malgastados. Se puede atenuar este riesgo poniendo esos bienes en manos de un tribunal, de alguna autoridad pública, de un tercero fiable o del propio acreedor garantizado. Facultar al acreedor garantizado para tomar posesión de los bienes gravados sin intervención alguna del tribunal o de alguna otra autoridad, o con una intervención mínima, reducirá los gastos de realización de la garantía (véanse párrs. 17 y 18). Ahora bien, facultar al acreedor garantizado para tomar posesión de los bienes obliga a prever la posibilidad de algún abuso, particularmente el riesgo de alguna alteración del orden público o de alguna intimidación. La mayoría de los regímenes supeditan, por ello, dicha toma de posesión a la condición de que no se altere el orden público ("respeto de la paz social"). Algunos regímenes exigen que se dé un aviso previo del incumplimiento para poder tomar posesión de los bienes. Otros regímenes se abstienen de exigirlo por razón de que un otorgante al acecho pudiera tratar de ocultar los bienes o transferirlos antes de que el acreedor garantizado pueda tomar posesión de los mismos.

29. En el supuesto de que los bienes gravados puedan depreciarse rápidamente, la mayoría de los ordenamientos permiten que un tribunal o alguna otra autoridad competente ordene alguna medida cautelar para preservar el valor de esos bienes.

i) Venta u otro acto de disposición de los bienes gravados

30. Toda garantía real faculta al acreedor garantizado para decretar la venta u otro acto de disposición de los bienes gravados. El régimen debería prever alguna otra vía para la disposición de dichos bienes, en la que se prevea que la disposición se llevará a cabo bajo el control de la autoridad judicial o del acreedor garantizado. Cabe citar al respecto la de proponer métodos para dar publicidad a la enajenación de los bienes, la de aconsejar cuando proceda subastarlos o cuando proceda autorizar su venta, arriendo, utilización bajo licencia o cobro. El objetivo de todo acto de disposición debe ser el de maximizar el valor realizable con los bienes gravados, sin vulnerar ningún derecho legítimo del otorgante o de alguna otra persona y sin privarles del ejercicio de toda excepción oponible de la que dispongan.

31. Las condiciones prescritas son más o menos formales según los países. Algunos ordenamientos prescriben que se habrá de seguir el mismo procedimiento público que se utilice para la ejecución de una sentencia judicial. Otros facultan al acreedor garantizado para controlar la disposición de los bienes pero prescriben algún procedimiento uniforme para su subasta pública, con reglas en materia de publicidad, plazos y precio mínimo. Algunos otros facultan al acreedor garantizado para hacerse cargo de la disposición (incluso por alguna vía privada) de los bienes gravados, a reserva de que observe ciertas normas de conducta de carácter general, como las de obrar de buena fe y con prudencia comercial. La flexibilidad de la vía prescrita puede reportar beneficios al otorgante, al acreedor garantizado y a toda otra persona con algún derecho sobre los bienes gravados, así como a los demás acreedores del otorgante, dado que una subasta pública de los bienes no será siempre el mejor método para maximizar el producto neto de su enajenación. Cabe que se haya supeditado la facultad del acreedor para recurrir a alguna de esas vías a que el otorgante dé su consentimiento, ya sea en el acuerdo constitutivo de la garantía o a raíz del incumplimiento. Suele prescribirse alguna norma general de conducta que el acreedor garantizado deberá observar (obrando por ejemplo con "prudencia comercial" o "con diligencia profesional"). Tal vez se hayan prescrito también reglas especiales sobre cómo deberá custodiarse el producto de la enajenación hasta que se proceda a su distribución.

32. La mayoría de los regímenes de operaciones garantizadas exigen que se dé aviso a determinadas partes antes de proceder al acto de disposición y que se anuncie la venta o que se soliciten ofertas de partes que se estime que pudieran estar interesados. Dado el carácter definitivo de todo acto de disposición, debe reglamentarse el aviso que habrá de darse a toda parte afectada para que pueda defender sus intereses. Cabe también que se prescriba un procedimiento especial para la venta de un negocio en marcha.

33. Puede suceder que el cobro de títulos negociables o de créditos por cobrar no sea fácil de estructurar en el marco de un procedimiento para la disposición de los bienes gravados. Por ello, muchos regímenes han prescrito reglas especiales para esa categoría de bienes, como la de facultar al acreedor garantizado para reclamar el cobro directamente al obligado en virtud del título o del crédito, y la de exigir del obligado que abone todo pago pendiente directamente al acreedor garantizado (véase párr. 37).

j) Distribución del producto de la enajenación

34. El régimen de las operaciones garantizadas suele enunciar ciertas reglas para la distribución del producto de la enajenación del bien gravado. Lo más usual suele ser saldar primero todo gasto razonable por concepto de realización y después la obligación garantizada. La ley suele además prescribir cuáles son los supuestos en los que el acreedor garantizado deberá encargarse de distribuir el producto entre una parte o entre la totalidad de los acreedores con garantías reales sobre unos mismos bienes (por ejemplo, incluso entre acreedores con garantías de prelación inferior). La ley aplicable prescribe, a menudo, que se informe al acreedor garantizado de toda otra garantía real existente y que todo sobrante del producto deberá ser devuelto al otorgante.

35. El producto asignado al acreedor garantizado se destina a sufragar los gastos de distribución y a satisfacer la obligación garantizada. De resultar insuficiente la suma así distribuida, la obligación quedará extinguida únicamente en la medida en que se haya saldado con el producto percibido. El acreedor garantizado dispondrá normalmente de un crédito frente al otorgante por la cuantía percibida de menos. Salvo que el otorgante haya creado una garantía real sobre otros bienes en provecho de dicho acreedor, su crédito por la suma pendiente no estará garantizado frente al otorgante (cabe, no obstante, que el acreedor garantizado haya recibido de un tercero alguna garantía real al respecto).

k) Extinción de la garantía real

36. Todo régimen de las operaciones garantizadas suele dar la operación por clausurada a raíz de la enajenación del bien gravado por el acreedor garantizado y de su adquisición por el beneficiario de dicho acto. A raíz de ello quedará extinguida la garantía real de dicho acreedor y los derechos del otorgante sobre los bienes enajenados, así como las garantías sobre dichos bienes de todo acreedor garantizado o de toda otra persona cuyo derecho goce de prelación inferior. Ahora bien, el régimen suele también disponer que, pese a dicha enajenación en el curso de un procedimiento de realización, subsistirá toda garantía de prelación no inferior de alguna otra persona (particularmente de todo otro acreedor garantizado) sobre los bienes gravados así enajenados.

l) Variaciones respecto del marco general

37. Todo régimen legal de las operaciones garantizadas aplicable a categorías muy diversas de bienes gravados prevé, cuando procede, ciertas reglas especiales aplicables a la enajenación de determinadas categorías de bienes. Este suele ser el caso de los créditos por cobrar, de los títulos negociables, de los fondos acreditados en una cuenta bancaria o del cobro del producto de una promesa independiente, tanto si esos bienes son los originariamente gravados como si su finalidad no es otra que la de garantizar el pago u otro acto de cumplimiento de alguna otra obligación (véanse las recomendaciones 102 y 103 en A/CN.9/WG.VI/WP.26; y las recomendaciones 106 *bis* a 108 en A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.1). Por ejemplo, todo acreedor garantizado con una garantía sobre un crédito por cobrar tendrá normalmente derecho a informar al deudor de dicho crédito (deudor en cuenta) que deberá pagarle directamente a él, a raíz de todo incumplimiento del otorgante. El acreedor garantizado (cesionario) podrá dar dicho aviso y las instrucciones de pago, aun cuando al hacerlo esté infringiendo el acuerdo que tenga concertado con el otorgante de la garantía (cedente) (véase la recomendación 16 *quater* b) en A/CN.9/WG.VI/WP.26), ya que de lo contrario, al suceder el incumplimiento del otorgante/cedente (supuesto en el que dicho otorgante pudiera no estar dispuesto a cooperar con el acreedor garantizado/cesionario), el acreedor garantizado/cesionario tal vez se encuentre en la imposibilidad de realizar su garantía. Todo acreedor garantizado estará asimismo facultado para enajenar o retener el crédito por cobrar (véanse las recomendaciones 93 d) y e), 110 y 113 en A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.1).

38. De haberse constituido la garantía real sobre fondos acreditados en una cuenta bancaria, el acreedor garantizado podrá cobrar dichos fondos o realizar de alguna otra forma el valor de su garantía, a raíz del incumplimiento o incluso con anterioridad al incumplimiento, si así lo ha convenido con el otorgante. En todo

caso, el banco depositario de la suma acreditada en cuenta i) seguirá teniendo los mismos derechos y obligaciones, y ii) retendrá todo derecho de compensación que ya tuviere, y dicho banco no estará obligado ni iii) a pagar a persona alguna que no goce de un derecho de control sobre la cuenta, ni iv) a responder a ninguna solicitud de información que no provenga de dicha persona (véanse las recomendaciones X, Y y 106 *bis* a 108 en A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.1). A diferencia de un acreedor garantizado que ha de cobrar primero los fondos y asignarlos después a su obligación garantizada, todo banco depositario que actúe como acreedor garantizado podrá destinar directamente los fondos al pago de la obligación garantizada. La ejecutoriedad de todo derecho de compensación del banco depositario sobre la suma acreditada en cuenta seguirá rigiéndose por la ley que sea por lo demás aplicable.

39. De estar constituida la garantía real sobre un título negociable, el acreedor garantizado podrá cobrar dicho título o realizar por alguna otra vía su garantía real (véase la recomendación 104 en A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.2). Ahora bien, en lo concerniente a las relaciones entre el acreedor garantizado y i) el obligado en virtud del título negociable o ii) toda otra persona con algún derecho con arreglo a la ley aplicable a los títulos negociables, será dicha ley la que rija toda obligación o derecho existente entre esas personas; por ejemplo, i) el obligado en virtud de un título negociable sólo estará obligado a pagar al tenedor del título o a toda otra persona facultada para cobrar dicho título con arreglo a la ley aplicable a los títulos negociables; y ii) el derecho del obligado en virtud del título a invocar alguna excepción frente a la obligación dimanante del título se regirá igualmente por la ley aplicable a los títulos negociables.

40. De haberse constituido la garantía real sobre un documento negociable, será aplicable el régimen general para la realización de toda garantía real. Tal vez sea aplicable alguna regla especial para preservar los derechos de determinadas personas que han de ser amparados en el marco del régimen legal aplicable a los documentos negociables (véase la recomendación 109 en A/CN.9/WG.VI./WP.26/Add.3). En particular, el emisor tal vez esté obligado a no hacer entrega de las mercancías más que al tenedor del documento negociable que se refiera a ellas.

41. Dicho régimen general será igualmente aplicable a la realización de toda garantía real sobre el producto (salvo que el producto esté en forma de créditos por cobrar o de alguna otra categoría de bienes a la que sea aplicable un régimen especial, como los descritos en párrafos anteriores, en cuyo caso le serán aplicables las recomendaciones concernientes a la realización de dicha categoría de bienes; véase en A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, la nota concerniente a la realización de una garantía real sobre el producto).

42. Lo mismo cabe decir de la realización de toda garantía real sobre un accesorio fijo de un bien mueble (por ejemplo un motor de automóvil). Respecto de la realización de una garantía real sobre un accesorio fijo de un inmueble, se han de observar ciertas reglas destinadas a salvaguardar los derechos de los acreedores con garantías sobre dicho inmueble (véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, nota concerniente a la realización de una garantía real sobre accesorios fijos de otros bienes). Dichas reglas son, por ejemplo, aplicables al procedimiento a seguir para la separación de un accesorio fijo (por ejemplo, un ascensor) de un inmueble que no sea propiedad del otorgante.

43. Las recomendaciones generales concernientes a la realización serán de igual modo aplicables a la realización de una garantía real sobre masas de bienes (por ejemplo, el grano almacenado en un silo o el aceite en un tonel) o sobre un producto acabado (por ejemplo, la tarta obtenida con azúcar, harina, huevos y agua). Por ejemplo, si el bien gravado fuera aceite por valor de 5, almacenado en un tonel con aceite por valor de 100, el acreedor garantizado sólo podrá realizar su garantía por una porción de esa masa cuyo valor sea 5. Si cabe separar una porción de esa masa cuyo valor corresponda al del bien gravado, el acreedor garantizado deberá poder disponer de dicha porción, pero deberá en todo caso obrar con la debida prudencia comercial. De no poderse separar con facilidad el bien gravado, tal vez se haya de proceder a la venta de la totalidad de la masa o del producto acabado.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: En lo concerniente a la realización de una garantía real sobre bienes muebles por antelación (o por destino ulterior) o sobre cultivos, el Grupo de Trabajo tal vez desee determinar si se debe prever algún régimen especial para estas categorías de bienes (véase en A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, nota sobre bienes muebles por antelación o destino ulterior y cultivos).*]

m) Actuación judicial a instancia de algún otro acreedor

44. Tal vez otro acreedor del otorgante recurra a la vía judicial para realizar su garantía real frente al otorgante y cabe que la ley procesal del foro reconozca a dicho acreedor el derecho a enajenar los bienes gravados, a reserva de toda otra garantía real sobre los mismos. El acreedor garantizado no dejará de consultar en dicho caso el derecho procesal de la ley del foro con miras a intervenir en esas actuaciones en defensa de la prelación de su propia garantía real. Suele ser muy raro que la ley del foro haya previsto alguna excepción al régimen general de la prelación. Pero cabe, por ejemplo, que un tribunal pueda ordenar a una persona que adeude dinero a un deudor sentenciado que pague directamente la suma adeudada al acreedor cuya demanda haya prosperado, y cabe que dicha resolución judicial esté, de hecho, otorgando prelación al acreedor judicial sobre un bien gravado que sea objeto de una garantía real del acreedor garantizado oponible a terceros. La posibilidad de que eso ocurra no dejará de repercutir negativamente sobre la disponibilidad de crédito financiero garantizado y sobre el precio del crédito otorgado en esas condiciones.

B. Recomendaciones

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Cabe señalar que las recomendaciones generales concernientes a la realización figuran en A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.1, mientras que las recomendaciones concernientes a la realización de las garantías constituidas sobre determinadas categorías de bienes figuran en A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.2, así como en A/CN.9/WG.VI/WP.26 y sus adiciones 1 a 4.*]

I. Nota de la Secretaría sobre garantías reales: proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas: garantías reales sobre créditos por cobrar

(A/CN.9/611 y Add.1 a Add.3) [Original: inglés]

ÍNDICE

Garantías reales sobre créditos por cobrar . . . . . .

Garantías reales sobre créditos por cobrar

[*Nota para la Comisión: En el contexto de su examen de las garantías reales sobre créditos por cobrar, la Comisión tal vez desee estudiar las definiciones a) ("garantía real"), d) ("acreedor garantizado"), f) ("otorgante"), p) ("crédito por cobrar"), q) ("cesión"), r) ("cedente"), s) ("cesionario"), t) ("cesión subsiguiente"), u) ("deudor del crédito"), v) ("notificación de la cesión") y w) ("contrato originario") (véase A/CN.9/WG.VI/WP.27/Add.1).*]

Partes, garantías reales, obligaciones garantizadas y bienes a los que se aplica el régimen

3. En particular, el régimen debería disponer que será aplicable a:

d) Todo tipo de bienes muebles y bienes incorporados, corporales o inmateriales, presentes o futuros, que no se hayan excluido expresamente del ámbito de aplicación del régimen, incluidas las existencias, los bienes de equipo y otros bienes, los créditos contractuales y no contractuales, las obligaciones contractuales no monetarias, los títulos negociables, los documentos negociables, los derechos al pago de fondos acreditados en cuentas bancarias, el producto de promesas independientes, y los derechos de propiedad intelectual;

[*Nota para la Comisión: En lo que respecta a los créditos no contractuales, la Comisión tal vez desee remitirse a la nota que figura después de la definición p) ("crédito por cobrar") en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.27/Add.1. En cuanto a las obligaciones contractuales no monetarias, la Comisión tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que las recomendaciones generales serán aplicables a las obligaciones contractuales no monetarias. En el comentario se explicará también que, al margen de las reglas recomendadas en el proyecto de guía, el derecho general será aplicable a las partes obligadas en obligaciones contractuales no monetarias.*]

…

f) En general, a las transferencias absolutas (puras y simples) de créditos por cobrar;

[*Nota para la Comisión: La Comisión tal vez desee tomar nota de que, dado que la definición de "crédito por cobrar" excluye los derechos al pago en virtud de un título negociable, la obligación de pago en virtud de una promesa independiente*

y la obligación de un banco de pagar fondos acreditados en una cuenta bancaria, la recomendación 3 f) no es aplicable a una transferencia absoluta de un título negociable ni al producto de una promesa independiente o de un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria. No obstante, las recomendaciones son aplicables a las transferencias de tales bienes con fines de garantía, pues son tratadas como operaciones garantizadas. Por ejemplo, la transferencia con fines de garantía de un derecho al cobro de fondos de una cuenta bancaria queda abarcada como método para conseguir el control (véase la definición de "control" en A/CN.9/WG.VI/WP.27/Add.1, párr. 21 ee) y gg)). En el comentario se explicará que las transferencias absolutas de títulos negociables, el producto de una garantía independiente y los fondos acreditados en una cuenta bancaria se han excluido por las siguientes razones: i) plantean distintos problemas y requerirían reglas especiales; ii) a diferencia de los créditos por cobrar en los que la transferencia de una garantía y una transferencia absoluta competirían por la prelación sobre la base del orden de inscripción registral, con respecto a los títulos negociables, un acreedor garantizado siempre podría obtener un derecho superior tomando posesión del título, mientras que, en el caso del producto de una promesa independiente y de los fondos acreditados en una cuenta bancaria, un acreedor garantizado podría obtener un derecho superior mediante el control. En el comentario se analizarán también cuestiones que plantean las transferencias absolutas de títulos negociables, que no sean cheques, en beneficio de los Estados que puedan desear reglamentarlas en su legislación.]

4. Salvo con el alcance limitado previsto en las recomendaciones 16 y 37 relativas a los derechos personales o reales que respaldan un crédito por cobrar, un título negociable u otra obligación que entre en el ámbito de la Guía, el régimen no debería ser aplicable a las garantías reales constituidas sobre [*véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7*].

Constitución de una garantía real sobre créditos por cobrar

[*Nota para la Comisión: La Comisión tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que las recomendaciones generales serán aplicables a menos que las modifiquen otras recomendaciones concretamente relacionadas con los bienes.*]

Bienes y obligaciones sujetos a un acuerdo de garantía

13. El régimen debería disponer que una garantía real puede respaldar todo tipo de obligaciones, incluidas las futuras, las condicionadas y las fluctuantes. También debería disponer que puede constituirse una garantía real sobre todo tipo de bienes, inclusive sobre partes de bienes y derechos indivisos sobre bienes, así como sobre bienes sobre los que, al celebrarse el acuerdo de garantía, el otorgante aún no tenga el dominio o de los que no pueda disponer, o que tal vez aún no existan, así como el producto obtenido de ellos. Toda excepción prevista debería ser limitada y enunciarse claramente en el régimen.

Eficacia de una cesión de créditos en bloque y una cesión de créditos por cobrar futuros, las partes de derechos o los derechos indivisos sobre créditos

14. El régimen debería disponer que:

a) La cesión de créditos que no estén debidamente especificados, los créditos futuros, las partes de derechos o los derechos indivisos sobre créditos tendrán eficacia entre el cedente y el cesionario y también frente al deudor del crédito siempre y cuando, en el momento de la cesión o, en el caso de los créditos futuros, en el momento en que nazcan, puedan asociarse a la cesión a la que se refieren; y

b) A menos que se convenga otra cosa, toda cesión de uno o varios créditos futuros tendrá eficacia sin necesidad de que se realice un nuevo acto de transferencia para la cesión de cada crédito por cobrar. [*Véase el artículo 8 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.*]

Eficacia de una cesión efectuada a pesar de la existencia de una cláusula de intransferibilidad

15. El régimen debería disponer que:

a) Una cesión eficaz entre el cedente y el cesionario y frente al deudor del crédito a pesar de todo acuerdo entre el cedente inicial y cualquier cedente subsiguiente y el deudor del crédito o un cesionario subsiguiente por el que se limite de algún modo el derecho del cedente a ceder sus créditos;

[*Nota para la Comisión: La Comisión tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que en virtud de la recomendación 15 a) sólo carecerá de eficacia un acuerdo entre la parte obligada y el obligante por el que se limite el derecho del obligante a ceder un crédito adeudado por la parte obligada al obligante. Si se cede tal crédito, la parte obligada será el "deudor del crédito" y el obligante, el "cedente".*

Por ejemplo, si en un acuerdo de arrendamiento de bienes se limita el derecho del arrendador a ceder el producto del alquiler que se derive del arrendamiento, la recomendación 15 a) anula la eficacia de la limitación de la cesión, dado que el acuerdo se celebra entre la parte obligada (el arrendatario) y el obligante (el arrendador) del crédito (precio del alquiler que se deriva del contrato de arrendamiento). En cambio, si el acuerdo de arrendamiento entre el arrendador y el arrendatario limita el derecho de este a ceder un crédito consistente en la reclamación de alquileres adeudados al arrendatario por el subarrendatario en virtud de un subarrendamiento, la recomendación 15 a) no será aplicable, y ninguna disposición de la presente Guía puede anular la eficacia de la limitación. Ello se debe a que el acuerdo por el que se limita el derecho del arrendatario a ceder su reclamación de alquileres que le arriende el subarrendatario en virtud del subarrendamiento no es un acuerdo entre el arrendatario (subarrendador y obligante en un subarrendamiento) y el subarrendatario (parte obligada en el subarrendamiento). La ejecutabilidad frente al arrendatario de la limitación en el arrendamiento se determinaría en virtud de reglas de derecho distintas de las recomendadas en la presente Guía.

El mismo análisis sería aplicable si la restricción de la cesión figurara en una licencia de propiedad intelectual. La recomendación 15 a) haría ineficaz toda cláusula de un acuerdo de concesión de licencia que impidiera al otorgante de la licencia ceder el producto adeudado por el licenciatario. No obstante, no dejaría sin eficacia una cláusula del acuerdo de licencia por la que se restringiera el derecho del licenciatario a ceder el producto de una sublicencia. La eficacia de tal cláusula se determinaría conforme a una regla de derecho distinta de la recomendada en el presente proyecto de guía.]

b) Si otra regla de derecho impone una obligación o responsabilidad al cedente por incumplimiento de tal acuerdo, la otra parte en dicho acuerdo no podrá resolver el contrato del que se deriven los créditos cedidos ni el contrato de cesión por la mera razón del incumplimiento. Ninguna persona que no sea parte en dicho acuerdo será responsable por el mero hecho de haber tenido conocimiento del acuerdo;

c) Esta recomendación es únicamente aplicable a las cesiones de créditos:

i) Nacidos de un contrato originario que sea un contrato para el suministro o el arrendamiento de bienes o servicios, salvo si se trata de servicios financieros, un contrato de obras o un contrato para la venta o el arrendamiento de bienes raíces;

ii) Nacidos de un contrato originario de venta, arrendamiento o de concesión de una licencia industrial o de otro tipo de propiedad intelectual o de información de propiedad;

iii) Que representen la obligación de pago por una operación efectuada mediante tarjeta de crédito;

iv) Adeudados al cedente tras el pago neto compensatorio conforme a un acuerdo de liquidación de saldos netos entre más de dos partes.

[*Nota para la Comisión: La Comisión tal vez desee tomar nota de que en el comentario se aclarará que la resolución del contrato que se menciona en el párrafo b) significa la rescisión del contrato en general.*]

Constitución de una garantía real sobre un derecho que garantice o respalde un crédito cedido, un título negociable u otra obligación

16. El régimen debería disponer que:

a) Toda garantía real sobre un crédito por cobrar, un título negociable o cualquier otra obligación conceptuada como bien gravado por el presente régimen se hará automáticamente extensiva, sin que se requiera ninguna otra medida por parte del otorgante o del acreedor garantizado, a cualquier derecho personal o real que respalde el pago o la ejecución de crédito, del título negociable o de otra obligación;

b) Si el derecho personal o real es una promesa independiente, la garantía real se hará automáticamente extensiva al producto de la promesa independiente, pero no al derecho a cobrar en virtud de la promesa independiente;

c) La presente recomendación no será aplicable a un derecho sobre bienes inmuebles que en virtud de una ley distinta del presente régimen sea transferible con independencia del crédito, del título negociable o de cualquier otra obligación que pueda respaldar;

d) Quedará constituida una garantía real, en virtud del párrafo a) de la presente recomendación, sobre cualquier derecho personal o real que respalde el pago de un crédito, de un título negociable o de otra obligación a pesar de todo acuerdo concertado entre el otorgante y el deudor de un crédito o la parte obligada del título negociable o de otra obligación que limite de cualquier modo el derecho del otorgante a constituir una garantía real sobre el crédito, el título negociable u otra obligación, o sobre cualquier derecho personal o real que respalde el crédito, el título negociable u otra obligación;

e) Si en virtud de otra ley el otorgante incurre en alguna obligación o en responsabilidad por incumplimiento del acuerdo mencionado en el párrafo d) de la presente recomendación, la otra parte en dicho acuerdo no podrá resolver el contrato del que nazcan el crédito, el título negociable u otra obligación, ni el acuerdo de garantía por el que se establezca el derecho personal o real de garantía por la mera razón de dicho incumplimiento. Ninguna persona que sea parte en dicho acuerdo será responsable por el mero hecho de haber tenido conocimiento del acuerdo;

f) Los párrafos d) y e) de la presente recomendación serán únicamente aplicables a las garantías reales sobre créditos, títulos negociables u otras obligaciones:

i) Nacidos de un contrato originario que sea un contrato para el suministro o el arrendamiento de bienes o servicios, salvo si se trata de servicios financieros, un contrato de obras o un contrato para la venta o el arrendamiento de bienes inmuebles;

ii) Nacidos de un contrato originario de venta, arrendamiento o de concesión de una licencia industrial o de otro tipo de propiedad intelectual o de información de propiedad;

iii) Que representen la obligación de pago por una operación efectuada mediante tarjeta de crédito;

iv) Adeudados al cedente tras el pago neto compensatorio conforme a un acuerdo de liquidación de saldos netos entre más de dos partes.

g) La constitución de una garantía real sobre un derecho real con desplazamiento en virtud del párrafo a) de la presente recomendación no afectará a ninguna obligación del otorgante frente al deudor del crédito o de la parte obligada del título negociable o de otra obligación con respecto a los bienes pertinentes que existan en virtud de la ley que rija ese derecho real;

h) En la medida en que la constitución automática, en virtud del párrafo a) de la presente recomendación, y la eficacia automática frente a terceros en virtud de la recomendación 37, de una garantía real sobre cualquier derecho personal o real que respalde el pago de un crédito, de un título negociable o de otra obligación no se vean alteradas, la presente recomendación no afectará a ningún requisito de una ley que no sea el presente régimen relativa a la forma o a la inscripción en un registro de la constitución de garantías reales sobre cualquier bien que respalde el

pago de un crédito, de un título negociable o de otra obligación, que no entren en el ámbito del presente régimen.

[*Nota para la Comisión: La Comisión tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que la finalidad de la recomendación 16 es facilitar las operaciones de financiación, tales como las bursatilizaciones de préstamos mancomunados respaldados por garantías reales sobre bienes muebles e inmuebles. En esos casos, el comprador de los préstamos deseará poder consultar las garantías reales que respaldan los préstamos pero no querrá realizar, al principio de la compra, los gastos adicionales de un acto separado de transferencia (si lo requiere una ley que no sea la ley recomendada en el proyecto de guía) para cada uno de los préstamos mancomunados, que podrían ser centenares o millares. Los eventuales actos separados de transferencia serían necesarios (si lo requiriera otra ley) únicamente para respaldar los préstamos en que posteriormente se produjera un incumplimiento, que suelen ser una pequeña parte del conjunto de préstamos efectivamente adquiridos. El comprador podría decidir si acepta los gastos de actos separados de transferencia en el momento de la ejecución, ya sea voluntariamente por parte del deudor o con la asistencia de un tribunal. Pero, al decidir si compra los préstamos y a qué precio, el comprador tomaría en consideración los gastos de los actos separados de transferencia sólo para la pequeña parte de los préstamos que no vayan a cumplirse y no para todos ellos. Como consecuencia de las economías de gastos, el vendedor estaría en condiciones de obtener un precio de compra más alto, con lo que obtendría más fondos.*

En el comentario también se aclarará que la recomendación 16 es aplicable a las transferencias absolutas de créditos (pero no de títulos negociables o de otras obligaciones), dado que el proyecto de guía es aplicable por lo general únicamente a las transferencias absolutas de créditos.

En el comentario se aclarará además que en los párrafos a) a c) se sigue el texto del párrafo 1) del artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, con los ajustes necesarios habida cuenta de la naturaleza del régimen del proyecto de guía como derecho interno, mientras que en los párrafos d) a f) se sigue el texto de la recomendación 15 y de los párrafos 2) a 4) del artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

Además, en el comentario se aclarará que en el párrafo g) se sigue el texto del párrafo 5) del artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en virtud del cual, si la garantía real implica la entrega de la posesión de un bien y dicha entrega perjudica al deudor del crédito o a la parte obligada del título negociable o de otra obligación, no se verá afectado ningún tipo de responsabilidad que pueda existir en una ley aplicable al margen del régimen recomendado en el proyecto de guía. Esta situación puede darse, por ejemplo, en el caso de que se haga entrega de la posesión de un bien corporal de particular valor al acreedor garantizado o cesionario y este lo dañe o pierda.

Por otra parte, en el comentario se aclarará que el párrafo h), que sigue el texto del párrafo 6) del artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, deja claro que la forma de la transferencia de una garantía real sobre un bien que no entre en el ámbito del presente régimen (por ejemplo, un bien inmueble) se deja en manos de la ley al margen del presente régimen, al menos en la medida en que no se alteren la constitución automática de una garantía

real ni su eficacia automática frente a terceros. En consecuencia, para el cesionario de una hipoteca puede ser necesario un documento notarial y la inscripción registral para obtener diversos derechos en virtud de la legislación inmobiliaria, como el derecho a ejecutar la hipoteca. En el comentario se explicará también que la forma de la transferencia de una garantía sobre un bien que entre en el ámbito del presente régimen se regirá por dicho régimen.]

Derechos y obligaciones del cedente y del cesionario antes del incumplimiento

[*Nota para la Comisión: La Comisión tal vez desee tomar nota de que las siguientes recomendaciones, basadas en los artículos 11 a 14 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, se incluirán en el nuevo capítulo referente a los derechos y obligaciones de las partes antes del incumplimiento.*]

Derechos y obligaciones del cedente y del cesionario

16 *bis*. El régimen debería disponer que:

a) Los derechos y obligaciones recíprocos del cedente y del cesionario que dimanan del acuerdo celebrado entre ellos son determinados por los términos y condiciones que se enuncian en el acuerdo, incluidas las reglas o condiciones generales a que se haga referencia en dichos términos y dichas condiciones;

b) El cedente y el cesionario están obligados por cualquier uso que hayan convenido y, a menos que se haya acordado otra cosa, por cualquier práctica que hayan establecido entre ellos.

Declaraciones del cedente

16 *ter*. El régimen debería disponer que:

a) A menos que el cedente y el cesionario acuerden otra cosa, el cedente asegura, en el momento de la celebración del contrato de cesión, que:

i) El cedente tiene el derecho a ceder el crédito;

ii) El cedente no ha cedido con anterioridad el crédito a ningún otro cesionario; y

iii) El deudor del crédito no puede ni podrá oponer excepciones ni gozar de derechos de compensación;

b) A menos que el cedente y el cesionario hayan convenido otra cosa, el cedente no declara que el deudor del crédito tiene o tendrá la capacidad para pagar.

Derecho de notificación del deudor del crédito

16 *quater*. El régimen debería disponer que:

a) Salvo acuerdo en contrario entre el cedente y el cesionario, el cedente o el cesionario, o ambos, podrán enviar al deudor del crédito una notificación de la cesión e instrucciones de pago, pero una vez enviado el aviso, sólo el cesionario podrá enviar tales instrucciones; y

b) La notificación de la cesión o de las instrucciones de pago efectuada en violación del acuerdo a que se hace referencia en el párrafo a) de la presente recomendación será válida a efectos de la recomendación 19. Sin embargo, nada de lo dispuesto en la presente recomendación afectará a las obligaciones o a la responsabilidad de la parte que incumpla tal acuerdo en lo que respecta a los daños y perjuicios derivados de dicho incumplimiento.

Derecho al pago

16 *quinquies*. El régimen debería disponer que:

a) Entre el cedente y el cesionario, a menos que se convenga otra cosa, e independientemente de que se haya enviado o no la notificación de la cesión:

i) Si el pago del crédito cedido se efectúa en beneficio del cesionario, este tendrá derecho a retener el producto y los bienes devueltos con respecto al crédito cedido;

ii) Si el pago del crédito cedido se hace en beneficio del cedente, el cesionario tendrá derecho al pago del producto y también a los bienes devueltos al cedente con respecto al crédito cedido; y

iii) Si el pago del crédito cedido se hace en beneficio de otra persona respecto de la cual el cesionario goce de prelación, el cesionario tendrá derecho al pago del producto y también al pago de los bienes devueltos a esa persona en relación con el crédito cedido;

b) El cesionario no podrá retener un valor superior al de su derecho sobre el crédito.

Derechos y obligaciones del deudor del crédito y del cesionario

Principio de la protección del deudor del crédito

[*Nota para la Comisión: La Comisión tal vez desee tomar nota de que las recomendaciones 17 a 23, que se basan en los artículos 15 a 21 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, se insertarán en un capítulo separado que hará referencia a los derechos y obligaciones de los terceros obligados, junto con las recomendaciones relativas a los derechos y obligaciones de una parte obligada en un título negociable, un banco depositario, el emisor de un título negociable y el emisor/garante, el confirmante o la persona designada en virtud de una promesa independiente.*]

17. El régimen debería disponer que:

a) De no disponer otra cosa la presente ley, y salvo el consentimiento del deudor del crédito, la cesión no afectará a los derechos y obligaciones de este ni a las condiciones de pago estipuladas en el contrato originario;

b) En las instrucciones de pago se podrá cambiar el nombre de la persona, la dirección o la cuenta en la cual el deudor deba hacer el pago; sin embargo, no se podrá cambiar:

i) La moneda en que se deba hacer el pago según el contrato originario; o

ii) El Estado donde se deba hacer el pago según el contrato originario por otro que no sea aquel en donde esté situado el deudor del crédito.

Notificación del deudor del crédito

18. El régimen debería disponer que:

a) Tanto la notificación de la cesión como las instrucciones de pago surtirán efecto una vez recibidas por el deudor del crédito si constan en un idioma en el que razonablemente quepa prever que el deudor quedará informado de su contenido. Es suficiente que la notificación de la cesión o las instrucciones de pago consten en el idioma del contrato originario; y

b) La notificación de la cesión o las instrucciones de pago podrán corresponder a créditos nacidos con posterioridad a la notificación; y dicha notificación de una cesión subsiguiente constituye notificación de toda cesión anterior.

Pago liberatorio del deudor de la cuenta

19. El régimen debería disponer que:

a) Hasta que reciba la notificación de la cesión, el deudor del crédito podrá liberarse de su obligación efectuando el pago de conformidad con el contrato originario;

b) Una vez recibida la notificación de la cesión y a reserva de lo dispuesto en los párrafos c) a h) de la presente recomendación, el deudor del crédito podrá efectuar el pago liberatorio únicamente en favor del cesionario o de conformidad con las nuevas instrucciones de pago que reciba o que le dé ulteriormente el cesionario por escrito;

c) El deudor del crédito, si recibe más de una instrucción de pago relativa a una única cesión de los mismos créditos efectuada por el mismo cedente, quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con las últimas instrucciones de pago que haya recibido del cesionario antes de hacerlo;

d) El deudor del crédito, de serle notificada más de una cesión efectuada por el mismo cedente de unos mismos créditos, quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con la primera notificación que reciba;

e) El deudor del crédito, si recibe notificación de una o más cesiones subsiguientes, quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con la notificación de la última de las cesiones subsiguientes;

f) El deudor del crédito, de serle notificada la cesión de una parte de uno o más créditos o de un derecho indiviso sobre tales créditos, quedará liberado de su obligación pagando de conformidad con la notificación o de acuerdo con lo dispuesto en la presente recomendación como si no hubiera recibido la notificación. Si el deudor paga de conformidad con la notificación, sólo quedará liberado de su obligación en lo que respecta a la parte o al derecho indiviso pagado;

g) El deudor del crédito, de serle notificada la cesión por el cesionario, tendrá derecho a pedirle que presente en un plazo razonable prueba suficiente de que la cesión del cedente inicial en beneficio del cesionario inicial y todas las

cesiones intermedias han tenido lugar y, de no hacerlo el cesionario, quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con lo dispuesto en la presente recomendación como si no hubiera recibido la notificación del cesionario. Por prueba suficiente de la cesión se entenderá cualquier escrito emitido por el cedente, o cualquier prueba equivalente, en que se indique que la cesión ha tenido lugar;

h) Lo dispuesto en la presente recomendación se entenderá sin perjuicio de cualquier otro motivo por el cual el deudor del crédito quede liberado de su obligación haciendo el pago a quien tenga derecho a percibirlo, a una autoridad judicial o de otra índole, o a una caja pública de depósitos.

Excepciones y derechos de compensación del deudor del crédito

20. El régimen debería disponer que:

a) El deudor del crédito, frente a la acción del cesionario para reclamarle el pago de los créditos cedidos, podrá oponer las excepciones o los derechos de compensación derivados del contrato originario, o de cualquier otro contrato que sea parte de la misma operación, que tendría si la cesión no hubiera tenido lugar y si la acción hubiese sido ejercitada por el cedente;

b) El deudor del crédito podrá oponer al cesionario cualquier otro derecho de compensación, siempre que lo hubiera podido invocar en el momento de recibir la notificación de la cesión;

c) No obstante lo dispuesto en los párrafos a) y b) de la presente recomendación, el deudor del crédito no podrá oponer al cesionario las excepciones y los derechos de compensación que tenga contra el cedente de conformidad con las recomendaciones 15 b) y 16 d) en razón del incumplimiento de un acuerdo por el que se limite de alguna manera el derecho del cedente a efectuar la cesión.

[*Nota para la Comisión: La Comisión tal vez desee tomar nota de que, con arreglo a la recomendación 3 a) (véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7), si bien el proyecto de guía se aplica a los consumidores, no puede afectar a sus derechos previstos en la legislación de protección del consumidor.*]

Acuerdo de no oponer excepciones ni derechos de compensación

21. El régimen debería disponer que:

a) El deudor del crédito, mediante escrito firmado por él, podrá convenir con el cedente en no oponer al cesionario las excepciones ni los derechos de compensación que tenga en virtud de la recomendación 20. Ese acuerdo impedirá al deudor oponer al cesionario tales excepciones y derechos;

b) El deudor del crédito no podrá renunciar a oponer excepciones:

i) Derivadas de actos fraudulentos imputables al cesionario; ni

ii) Basadas en su propia incapacidad;

c) Este acuerdo podrá modificarse únicamente mediante otro que conste por escrito y esté firmado por el deudor del crédito. Los efectos de estas modificaciones respecto del cesionario se regirán por lo dispuesto en el párrafo b) de la recomendación 22.

[*Nota para la Comisión: La Comisión tal vez desee tomar nota de que la recomendación 21 se basa en el artículo 19 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, que se refiere a un escrito firmado con el único objeto de renunciar a oponer excepciones, o a la modificación de un escrito de esa índole. Si el Grupo de Trabajo decide no hacer referencia a la firma en la recomendación 8 (véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7) sino más bien a la prueba de que el otorgante se proponía conceder una garantía real, tal vez desee reconsiderar la referencia a la firma en la recomendación 21. Si en la recomendación 8 se retiene la referencia a la firma, sería suficiente una firma electrónica (véase la nota a continuación de la definición v) ("notificación de la cesión") en A/CN.9/WG.VI/WP.27/Add.1.*]

Modificación del contrato originario

22. El régimen debería disponer que:

a) El acuerdo concertado antes de la notificación de la cesión entre el cedente y el deudor del crédito que afecte a los derechos del cesionario será válido respecto de este, el cual adquirirá los derechos correspondientes;

b) El acuerdo concertado después de la notificación de la cesión entre el cedente y el deudor del crédito que afecte a los derechos del cesionario no será valido respecto de este salvo si:

i) El cesionario consiente en él; o si

ii) El crédito no es completamente exigible por la falta de pleno cumplimiento del contrato originario y, o bien este prevé la modificación, o cualquier cesionario razonable consentiría en tal modificación en el contexto de dicho contrato.

c) Lo dispuesto en los párrafos a) y b) de la presente recomendación no afectará a los derechos del cedente o del cesionario en razón del incumplimiento de un acuerdo concertado entre ellos.

Reintegro de la suma pagada

23. El régimen debería disponer que el incumplimiento por el cedente del contrato originario no dará derecho al deudor del crédito a recuperar del cesionario la suma que hubiese pagado al cedente o al cesionario.

[*Nota para la Comisión: La Comisión tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que la recomendación 23 no afectará en modo alguno a la responsabilidad del cedente frente al deudor del crédito por incumplimiento de contrato.*]

Eficacia frente a terceros de una garantía real sobre créditos por cobrar

37. El régimen debería disponer que, si una garantía real sobre un crédito, un título negociable o cualquier otra obligación conceptuada como bien gravado por el presente régimen adquiere eficacia frente a terceros, la garantía real será automáticamente oponible a terceros con respecto a todo derecho personal o real que respalde el pago o la ejecución del crédito, del título negociable o de otra obligación, sin que el otorgante o el acreedor garantizado deban adoptar otras medidas. Si el derecho personal o real es una promesa independiente, una garantía

real sobre el producto de la promesa independiente será automáticamente eficaz frente a terceros (pero, tal como dispone la recomendación 16, la garantía real no se hará extensiva al derecho al cobro en virtud de la promesa independiente). Esta recomendación no será aplicable a un derecho sobre bienes inmuebles que en virtud de la ley aplicable sea transferible disociándolo de un crédito, un título negociable u otra obligación que pueda respaldar.

[*Nota para la Comisión: La Comisión tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que las recomendaciones generales sobre la eficacia frente a terceros se aplicarán a las garantías reales sobre créditos, así como a las transferencias absolutas de créditos. El texto que figura entre paréntesis en la segunda frase explica que la garantía real no se hace extensiva al derecho al cobro. Por consiguiente, no se plantea a este respecto la cuestión de la eficacia frente a terceros.*]

Prelación de garantías reales sobre créditos por cobrar

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que las recomendaciones generales sobre prelación se aplican a las garantías reales sobre créditos por cobrar, así como a las cesiones absolutas de créditos.*]

Ejecución de una garantía real sobre créditos por cobrar

Aplicación del presente capítulo a las transferencias absolutas de créditos por cobrar

88. El régimen debería disponer que, con las siguientes excepciones, el presente capítulo no será aplicable a las transferencias absolutas de créditos:

a) La recomendación 89, en el caso de una transferencia absoluta con recurso; y

b) Las recomendaciones 102 y 103.

Normas generales de conducta

89. El régimen debería disponer que todas las partes deberán ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones conforme a las recomendaciones del presente capítulo de buena fe y de forma razonable desde el punto de vista mercantil.

Cobro de créditos exigibles

102. El régimen debería disponer que, en el caso de una transferencia absoluta de un crédito, el cesionario tendrá el derecho a cobrar o a hacer ejecutar de algún otro modo el crédito. En el caso de una transferencia de un crédito a título de garantía, el cesionario, a reserva de las recomendaciones 17 a 23, tendrá el derecho a cobrar o a hacer cumplir de otro modo el crédito únicamente después del incumplimiento, o antes del incumplimiento con el acuerdo del cedente.

[*Nota para la Comisión: La Comisión tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que el acreedor garantizado tendrá, como variante del cobro, la opción de enajenar o retener un crédito por cobrar conforme a las recomendaciones 93 d), e), 110 y 113 (véase A/CN.9/611/Add.2). En el comentario*

se explicará asimismo que el cesionario podrá enviar una notificación e instrucciones de pago incluso en contravención de un acuerdo con el cedente (véase la recomendación 16 quater supra*).*]

103. El régimen debería prever que el derecho del cesionario a cobrar o a hacer ejecutar el pago de un crédito exigible incluye el derecho a cobrar o, si no, a hacer ejecutar cualquier derecho personal o real que respalde el pago o el cumplimiento del crédito (como, por ejemplo, una garantía o un derecho de garantía).

[*Nota para la Comisión: La Comisión tal vez desee tomar nota de que en el comentario se examinará de qué manera otras recomendaciones del capítulo sobre la ejecución se pueden aplicar a la ejecución de un derecho que respalde el pago de un crédito cedido.*]

Ley aplicable a las garantías reales sobre bienes inmateriales

137. El régimen debería disponer que la constitución de toda garantía sobre bienes inmateriales, su eficacia frente a terceros y su prelación sobre los derechos de otras partes reclamantes se rijan por las leyes del Estado en que esté situado el otorgante. [Sin embargo, con respecto a las garantías reales sobre bienes inmateriales que están sujetos a un sistema de inscripción registral, el régimen debería disponer que esas cuestiones se rijan por la ley del Estado en que [...].]

137 *bis*. El régimen debería disponer que la ley del Estado en que se encuentre situado el cedente regirá la constitución de una garantía real, su eficacia frente a terceros y la prelación de tal garantía sobre un crédito dimanante de la venta o del arrendamiento de un bien inmueble, o dimanante de un acuerdo de garantía relativo a dicho bien inmueble será superior a la de los demandantes concurrentes. No obstante, en un conflicto de prelación que afecte a los derechos de un tercero concurrente inscrito en el registro inmobiliario del Estado en que se encuentre el inmueble se regirá por la ley de dicho Estado.

[*Nota para la Comisión: La Comisión tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que la recomendación 137* bis*, tiene la finalidad de regular la ley aplicable a las cesiones de créditos adeudados a un otorgante en virtud de un acuerdo de venta o arrendamiento de un inmueble o de un acuerdo de garantía sobre un bien inmueble. En varios Estados no es posible constituir garantías sobre tales créditos, independientemente del bien inmueble pertinente, con lo cual la eficacia entre las partes, la eficacia frente a terceros y la prelación de una garantía real sobre los créditos se regirán por la ley (y, en particular, por el régimen registral) aplicable al bien inmueble pertinente. En otros Estados, es posible otorgar una garantía real sobre tales créditos, independientemente del bien inmueble pertinente, pero el acreedor garantizado tiene menos prelación que los derechos de los terceros que estén inscritos, respecto del bien inmueble pertinente, en el registro inmobiliario. La segunda frase de la recomendación 137* bis *tiene la finalidad de preservar la aplicación de la ley del Estado en que esté situado el inmueble pertinente, a fin de proteger a los terceros que se fíen de la inscripción registral de los inmuebles de ese Estado. Se hace referencia a los derechos de los terceros concurrentes debido a que la expresión "demandante concurrente" se define por referencia a las garantías reales sobre bienes muebles. También se hace referencia a los "derechos" de tales partes, ya que los derechos de los terceros podrían incluir no sólo los de los acreedores hipotecarios concurrentes sino también a los de los*

cesionarios o compradores del inmueble o del bien inmaterial conexo y, de hecho, también a cualquier clase de derecho de un tercero que, en virtud del régimen registral, deba inscribirse. Además, se hace referencia a un derecho "inscrito en el registro inmobiliario", y no a un derecho "que adquirió eficacia frente a terceros mediante inscripción registral", puesto que: i) algunos registros inmobiliarios no distinguen entre la eficacia entre las partes y la eficacia frente a terceros, y ii) los registros inmobiliarios no requieren necesariamente inscripción para la eficacia general frente a terceros sino únicamente para la eficacia frente a los terceros cuyos derechos puedan inscribirse también en el registro inmobiliario (por ejemplo, la inscripción puede no ser necesaria para la eficacia frente a un administrador de la insolvencia o a un acreedor judicial).]

Ley aplicable a los derechos y obligaciones del otorgante y del acreedor garantizado

146. El régimen debería disponer que los derechos y obligaciones recíprocos del otorgante y del acreedor garantizado con respecto a la garantía real derivados del acuerdo de garantía o establecidos por la ley se rijan por la ley que hayan elegido y, si no hubieran elegido la ley aplicable, por la ley que regule el acuerdo de garantía.

Ley aplicable a los derechos y obligaciones del deudor del crédito y del cesionario, de la parte obligada en virtud de un título negociable o del emisor de un documento negociable y del acreedor garantizado

147. El régimen debería disponer que todo Estado cuya legislación regule los créditos por cobrar, los títulos negociables transferidos o los documentos negociables transferidos debería reglamentar por ley:

a) La relación entre el deudor del crédito y el cesionario del crédito por cobrar, entre la parte obligada en virtud de un título negociable y el acreedor con una garantía real sobre dicho título, o entre el emisor de un documento negociable y el acreedor con una garantía real sobre dicho documento;

b) Las condiciones en que la cesión de un crédito por cobrar, la transferencia de un título negociable o la transferencia de un documento negociable pueden invocarse frente al deudor de un crédito, frente a la parte obligada respecto de un título negociable o frente al emisor de un documento negociable; y

c) La determinación de si las obligaciones del deudor de un crédito, de la parte obligada respecto de un título negociable o del emisor de un documento negociable se han cumplido.

[*Nota para la Comisión: La Comisión tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que: i) la recomendación 148 se aplica a la ejecución de una garantía real sobre un crédito por cobrar (A/CN.9/WG.VI/WP.24); y ii) las recomendaciones relativas a las repercusiones de la insolvencia sobre el derecho aplicable, así como las otras recomendaciones generales del capítulo sobre el conflicto de leyes (A/CN.9/WG.VI/WP.24), se aplican a las garantías reales sobre créditos por cobrar.*]

A/CN.9/611/Add.1

Garantías reales sobre los derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, el producto de una promesa independiente, los títulos negociables y los documentos negociables

ADICIÓN

ÍNDICE

I. Garantías reales sobre los derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria . . . .

II. Garantías reales sobre el producto de una promesa independiente . . . . . .

III. Garantías reales sobre títulos negociables . . . . . .

IV. Garantías reales sobre documentos negociables . . . . . .

I. Garantías reales sobre los derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria

[*Nota para la Comisión: en el contexto de su debate en torno a las garantías reales sobre derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, la Comisión tal vez desee examinar las definiciones ff) ("cuenta bancaria") y gg) ("control") (véase A/CN.9/WG.VI/WP.27/Add.1). La Comisión tal vez desee también tomar nota de que en el comentario se explicará que el concepto de "cuenta bancaria" no abarca las cuentas mantenidas por bancos centrales ni por instituciones de pago, compensación y liquidación por saldos netos. En el comentario se explicará también que el acreedor garantizado adquiere el control al convertirse en titular de la cuenta bancaria cuando: i) una cuenta existente es transferida al acreedor garantizado; ii) el acreedor garantizado conviene con el otorgante que los fondos deberán ser depositados en una cuenta que se abrirá ulteriormente; y iii) el acreedor garantizado es el único titular de la cuenta (es decir, no es un simple titular conjunto de la cuenta).*]

Constitución de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que, conforme a la recomendación 8 (véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7), una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria podrá constituirse mediante un acuerdo entre el otorgante y el acreedor garantizado.*]

26. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria será eficaz entre el acreedor garantizado y el otorgante pese a todo acuerdo entre el otorgante y el banco depositario por el que se limite de algún modo el derecho del otorgante a constituir una garantía real sobre su derecho al pago de los fondos acreditados en la cuenta bancaria. No obstante, el banco depositario no tendrá la obligación de reconocer al acreedor

garantizado ni se impondrán por lo demás a dicho banco obligaciones con respecto a la garantía real sin el consentimiento del mismo.

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que en el comentario sobre la recomendación 3 a) (véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7) se aclarará que los Estados promulgantes tal vez deseen tomar en consideración el efecto que las recomendaciones de la presente Guía podrían tener en sus respectivas legislaciones sobre protección del consumidor.*]

Derechos y obligaciones del banco depositario

V. El régimen debería disponer que:

a) La constitución de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria no afecta a los derechos y obligaciones del banco depositario sin que este lo consienta; y

b) Los derechos de compensación del banco depositario no se verán afectados por ninguna garantía real que pueda tener dicho banco sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria.

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que las recomendaciones V y W se complementan con las recomendaciones 76 y 77 (en la medida en que haya un conflicto de prelación entre una garantía real o un derecho de compensación del banco depositario y una garantía real de otra persona) y con las recomendaciones 106* bis*, 107 y 108 (ejecución frente al banco depositario).*

En el comentario se explicará asimismo que la recomendación V b) no se refiere a un conflicto de prelación sino a la situación en que el propio banco depositario goce a la vez de un derecho de compensación y de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria. En la recomendación V b) se establece que en esa situación los derechos de compensación del banco no se verán menoscabados ni subsumidos (es decir, tendrán una entidad diferenciada de la garantía real del banco).]

W. El régimen debería disponer que nada de lo enunciado en las presentes recomendaciones obligará a un banco depositario:

a) A pagar a una persona que no sea la persona que controle los fondos acreditados en una cuenta bancaria; ni

b) A atender solicitudes de información sobre si existe un acuerdo de control o una garantía real a favor suyo y sobre si el otorgante mantenía el derecho a disponer de los fondos acreditados en la cuenta.

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que lo enunciado en la recomendación W no afecta a la relación entre el banco y el cliente ni a los derechos y obligaciones dimanantes de la legislación que rige la administración de cuentas bancarias (por ejemplo, la concerniente al blanqueo de dinero y el secreto bancario).*]

Eficacia frente a terceros de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria

43. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria es eficaz frente a terceros también si el acreedor garantizado obtiene el control del derecho al pago de los fondos acreditados en la cuenta bancaria.

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que, conforme a la recomendación 35 (véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.5), una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria puede también adquirir eficacia frente a terceros mediante la inscripción de una notificación de su constitución en el registro general de garantías reales.*]

Prelación de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria

76. El régimen debería disponer que toda garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, que se haya hecho eficaz frente a terceros mediante control, gozará de prelación sobre una garantía real sobre un derecho al pago de los fondos que se haya hecho eficaz frente a terceros mediante cualquier otro método. Si el banco depositario ha concertado más de un acuerdo de control, entre esos acreedores garantizados, la prelación se determinará en función del orden cronológico en que se celebraron tales acuerdos. Si el acreedor garantizado es el banco depositario, la garantía real de dicho banco tendrá prelación sobre cualquier otra garantía real (incluida la que se haya hecho eficaz frente a terceros mediante un acuerdo de control con el banco depositario, aun cuando esa garantía del banco depositario se haya constituido posteriormente), que no sea una garantía real de un acreedor garantizado que haya adquirido el control del derecho al pago de fondos acreditados en la cuenta bancaria convirtiéndose en el titular de la cuenta.

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que una garantía real del banco depositario primará siempre, incluso sobre una garantía real con respecto a la cual el banco haya concertado con anterioridad un acuerdo de control porque: i) una garantía real del banco depositario debe tener la misma prelación que su derecho de compensación, que siempre gozará de primacía; ii) si la garantía real del banco depositario no tuviera prelación, el banco no concertaría acuerdo de control alguno; iii) un acreedor garantizado siempre podría tratar de obtener del banco depositario un acuerdo de subordinación. En el comentario se explicará también que, en función de los términos del acuerdo de control, el banco depositario podrá tener una obligación contractual frente al acreedor garantizado con un acuerdo de control, aun cuando el acreedor garantizado no tuviera prelación.*

Además, la Comisión tal vez desee tomar nota de que, en su décimo período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en que la cuestión de la localización de los fondos acreditados en una cuenta bancaria se examinará conjuntamente con la de la localización del producto (véase A/CN.9/603, párr. 67). La Comisión tal vez desee ocuparse de esa cuestión con prioridad. En el comentario sobre la recomendación 76 se aclarará que, si un acreedor garantizado tiene el control de

un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, su garantía real tendrá prelación sobre la garantía real constituida sobre el producto en efectivo de un bien gravado de otro acreedor garantizado que esté acreditado en la misma cuenta bancaria, incluso si el otro acreedor garantizado puede localizar el producto en la cuenta bancaria. Ello es así aun en el caso de que la garantía real concurrente adquiriera eficacia frente a terceros antes que la garantía real del acreedor garantizado que tuviera el control.]

77. El régimen debería disponer que todo derecho del banco depositario a compensar, mediante el derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, las obligaciones adeudadas a dicho banco por el otorgante tendrá prelación sobre la garantía real de cualquier acreedor garantizado, salvo si es un acreedor garantizado que haya adquirido el control de los fondos acreditados en la cuenta bancaria al convertirse en el titular de la cuenta.

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que esas recomendaciones sobre prelación significan que se supone que los terceros saben que no pueden contar con un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria como fuente primordial de garantía para la concesión de créditos, y que sólo pueden hacerlo obteniendo un acuerdo de subordinación del banco depositario o registrando la cuenta en su propio nombre. Por consiguiente, la ausencia de publicidad de la garantía real no parece ser problemática. En el comentario se explicará asimismo que, a diferencia de la recomendación V b), la recomendación 77 trata de los conflictos de prelación entre los derechos de compensación del banco depositario y las garantías reales de otras personas. Además, se explicará que lo enunciado en la recomendación 77 no da lugar al nacimiento de derecho de compensación alguno, cuestión que se rige por otras reglas de derecho. Además, en el comentario se explicará que la excepción de la recomendación 77 se refiere a un acreedor garantizado que adquirió el control convirtiéndose en el único titular de la cuenta. Cuando el acreedor garantizado sea sólo un titular conjunto de la cuenta, el otorgante aún podrá enajenar los fondos acreditados en la cuenta y, por lo tanto, el acreedor garantizado no tendrá el control (véase la definición de "control" en A/CN.9/WG.VI/WP.27/Add.1).*]

78. En el caso de una transferencia de los fondos de una cuenta bancaria iniciada por el otorgante, el régimen debería disponer que el beneficiario de la transferencia de los fondos no estará sujeto al gravamen de la garantía real sobre el derecho al pago de los fondos acreditados en la cuenta bancaria, a menos que dicho cesionario haya tenido conocimiento de que la transferencia violaba los términos del acuerdo de garantía. Esta recomendación no merma los derechos de los cesionarios de los fondos de las cuentas bancarias que se rijan por reglas de derecho distintas del presente régimen.

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que las recomendaciones generales en materia de prelación se aplican a las garantías reales sobre derechos al pago de fondos acreditados en las cuentas bancarias sujetas a las recomendaciones 76 a 78. La Comisión tal vez desee tomar nota de que la recomendación 79 (véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.6) quizá debiera ajustarse a la recomendación 78 para hablar de conocimiento, y no de colusión.*]

Ejecución de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria

106 *bis*. En el régimen debería preverse que, después de incurrirse en incumplimiento, o antes con el consentimiento del otorgante, el acreedor garantizado que disponga de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, a reserva de lo dispuesto en las recomendaciones V y W, tendrá derecho a cobrar o a hacer valer de algún otro modo su derecho al cobro de los fondos.

107. En el régimen debería preverse que, después de incurrir en incumplimiento, o antes con el acuerdo del otorgante, el acreedor garantizado que tenga el control del derecho al pago de los fondos acreditados en una cuenta bancaria tendrá el derecho, a reserva de las recomendaciones V y W, a ejecutar su garantía real sin tener que recurrir a un tribunal ni a ninguna otra autoridad.

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que, a diferencia de un acreedor garantizado que tiene que cobrar los fondos para aplicarlos al pago de las obligaciones garantizadas conforme a la recomendación 116 (véase A/CN.9/611), un banco depositario podrá, como acreedor garantizado, aplicar los fondos directamente al pago de las obligaciones garantizadas. En el comentario se explicará también que la ejecución de los derechos de compensación del banco se regulan por otro régimen.*]

108. El régimen debería disponer que el acreedor garantizado que no tenga el control de los fondos acreditados en una cuenta bancaria sólo tendrá derecho, a reserva de las recomendaciones V y W, a cobrar o a ejecutar de algún otro modo la garantía real frente al banco depositario en virtud de un mandamiento judicial, a menos que el banco depositario convenga en proceder de otro modo.

Ley aplicable a una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria

139. Salvo que en la recomendación 140 se disponga otra cosa, el régimen debería disponer que la constitución de toda garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, su eficacia frente a terceros, su grado de prelación sobre los derechos de otras partes reclamantes, los derechos y obligaciones del banco depositario con respecto a la garantía real y la ejecución de ésta se rijan por

Variante A

la ley del Estado expresamente designado en el acuerdo sobre la cuenta para regularlo o, si en él se estipulara expresamente la aplicabilidad de otra ley a todas esas cuestiones, por esa otra ley. No obstante, la ley invocada en la presente recomendación únicamente será aplicable si el banco depositario, en el momento de concertar el acuerdo sobre la cuenta, posee en ese Estado una oficina normalmente encargada de administrar cuentas bancarias. El régimen debería asimismo especificar que, de no ser determinada la ley aplicable conforme a las dos frases anteriores, la ley aplicable habrá de determinarse en virtud de las reglas supletorias basadas en el artículo 5 del Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en poder de un intermediario.

[*Nota para la Comisión: la variante A condensa el enfoque seguido en los artículos 4.1 y 5 del Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en poder de un intermediario (en adelante, "el Convenio de La Haya sobre los Valores"). En el comentario se incorporarán las reglas supletorias detalladas del Convenio de La Haya, que serán explicadas adecuadamente.*]

Variante B

la ley del Estado en que el banco que administre la cuenta bancaria tenga su establecimiento. En caso de que haya más de un establecimiento, se hará referencia al lugar en que se encuentra la filial que administre la cuenta.

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee plantearse, como opción o como disposición suplementaria, la ley que rija el acuerdo de control (véase A/CN.9/603, párr. 77). La Comisión tal vez desee tomar nota también de que en el comentario se explicará que las recomendaciones sobre el efecto del procedimiento de insolvencia en la ley aplicable, así como las demás recomendaciones generales formuladas en el capítulo sobre el conflicto de leyes (A/CN.9/WG.VI/WP.24), se aplicarán a las garantías reales sobre derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria.*]

II. Garantías reales sobre el producto de una promesa independiente

[*Nota para la Comisión: en el contexto de su debate en torno a las garantías reales sobre el producto de una promesa independiente, la Comisión tal vez desee examinar las definiciones z) ("promesa independiente"), aa) ("producto de una promesa independiente"), bb) ("garante/emisor"), cc) ("confirmante"), dd) ("persona designada") y ee) ("control") (véase A/CN.9/WP.27/Add.1).*]

Constitución de una garantía real sobre el producto de una promesa independiente

25. El régimen debería disponer que el beneficiario podrá otorgar una garantía real sobre el producto de una promesa independiente, aun cuando el derecho a cobrar una promesa independiente no sea en sí transferible en virtud de la legislación y las prácticas que rijan la promesa independiente. El otorgamiento de una garantía real sobre el producto de una promesa independiente no constituye una transferencia del derecho a cobrar de la promesa independiente.

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que en el comentario se aclarará que en la segunda parte de la primera frase se puntualizará que la cuestión importante de que la transferibilidad de la promesa propiamente dicha (es decir, del derecho a cobrar) no es importante ni pertinente para el derecho a constituir una garantía real sobre el producto de una promesa independiente. En el comentario se explicará también que en la segunda frase se hace una distinción entre la transferencia del derecho a solicitar el pago en virtud de una promesa independiente y la transferencia de un derecho a cobrar el producto del pago efectuado en virtud de una promesa independiente.*]

Derechos y obligaciones del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada en una promesa independiente

25 *bis*. El régimen debería disponer que:

a) Los derechos de un acreedor garantizado sobre el producto de una promesa independiente están sujetos a los derechos, enunciados en la legislación y seguidos en la práctica que rigen las promesas independientes, del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada y de cualquier otro beneficiario designado en la promesa o a quien se haya efectuado una transferencia de los derechos de cobro;

b) Los derechos de un cesionario de una transferencia de una promesa independiente son superiores a las garantías reales constituidas sobre el producto de la promesa independiente adquiridos del cedente [o de cualquier otro cedente anterior]; y

c) Los derechos independientes de un garante/emisor, de un confirmante, de una persona designada o de un cesionario-beneficiario en virtud de una promesa independiente no se verán mermados por ninguna garantía real que pueda tener sobre el producto, incluido cualquier derecho sobre el producto que pueda estar incluido en una transferencia de derechos de giro a un cesionario-beneficiario.

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que en el comentario se aclarará que esta recomendación tiene la finalidad de asegurar que los derechos de los tenedores de derechos independientes al cobro, en concreto las personas designadas que han dado valor y los cesionarios-beneficiarios a quienes se haya efectuado una transferencia, son superiores a los de los simples cesionarios de derechos al producto del cobro efectuado por el beneficiario original. En el comentario se explicará también que sus derechos independientes son distintos y no se ven afectados, a causa de sus derechos como acreedores garantizados del beneficiario original (en otras palabras, su situación como tenedores protegidos de derechos independientes no debería confundirse con su eventual situación de acreedores garantizados). Cuando una persona designada entregue valor y obtenga el reembolso del garante/emisor, lo hará sobre la base de sus derechos independientes al reembolso y no como adquirente de los derechos del beneficiario.*]

25 *ter*. Ningún garante/emisor ni ningún confirmante o persona designada tendrán la obligación de pagar a cualquier persona que no sea el beneficiario designado, un cesionario-beneficiario aceptado, o un cesionario aceptado del producto de una promesa independiente.

25 *quater*. El régimen debería disponer que si un acreedor garantizado ha obtenido el control sobre el producto de una promesa independiente al ser aceptado como cesionario de ese producto, el acreedor garantizado tendrá el derecho a hacer valer esa aceptación frente al garante/emisor, el confirmante o la persona designada que diera la aceptación.

Eficacia frente a terceros de una garantía real constituida sobre el producto de una promesa independiente

49. El régimen debería disponer que una garantía real sobre el producto de una promesa independiente se hará efectivo frente a terceros mediante el control con respecto al producto de una promesa independiente.

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que la recomendación 49 ha sido revisada sobre la base del supuesto de que ni la posesión de la promesa independiente ni la inscripción registral deberían ser un método para lograr la eficacia frente a terceros de una garantía real sobre un derecho al producto de una promesa independiente. La posesión de una promesa independiente (aun cuando sea de forma tangible) sólo desempeña una función limitada en la utilización moderna de las promesas independientes. Además, si se incluyera la posesión en la presente Guía como método para lograr la eficacia frente a terceros, se requerirían reglas complejas para regular la prelación y los conflictos de leyes. No obstante, cabe señalar que, si bien la posesión no constituye un método para lograr la eficacia frente a terceros, como cuestión práctica, la posesión daría protección al acreedor garantizado cuando, en virtud de la promesa independiente, fuera necesaria la presentación física de dicha promesa a fin de cobrar en virtud de la promesa. En tal circunstancia, el beneficiario no podría hacer un cobro efectivo sin la cooperación del acreedor garantizado, de modo que este podría adoptar medidas para conseguir el pago (por ejemplo, el acreedor garantizado podría requerir al beneficiario que obtuviera una aceptación que lograría el control para el acreedor garantizado antes de entregar la promesa independiente y de permitir que ésta fuera presentada al garante/emisor o a una persona designada que diera tal aceptación).*]

Prelación de una garantía real constituida sobre el producto de una promesa independiente

62. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente, que se haya hecho eficaz frente a terceros mediante control, tendrá prelación, con respecto a un determinado garante/emisor, confirmante o a una persona designada que acceda a dar valor de una garantía independiente, sobre los derechos de todos los otros acreedores garantizados que, con respecto a dicha persona, no hayan hecho efectiva su garantía real frente a terceros mediante control. Si el control se ha logrado mediante una aceptación y si una persona, entre esos acreedores garantizados, ha dado aceptaciones incompatibles a más de un acreedor garantizado, la prelación se determinará por el orden cronológico en que se hayan dado las aceptaciones.

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que, dado que el método más habitual para lograr el control es obteniendo una aceptación, en el caso de varios posibles pagadores (por ejemplo, el garante/emisor, el confirmante y varias personas designadas), el control sólo se logrará frente a uno o varios determinados garantes/emisores, confirmantes o personas designadas que dieron su aceptación. Así, la regla de la prelación debe centrarse en la persona concreta que sea el pagador. La regla de prelación básica deja claro que un acreedor garantizado que tenga el control del derecho al producto de una promesa independiente tendrá prelación sobre un acreedor garantizado cuya garantía real adquirió eficacia frente a terceros de forma automática. En el comentario se explicará también que el garante/emisor puede tener una obligación contractual frente a un acreedor garantizado reconocido, aunque es posible que este no tenga prelación.*]

Ejecución de una garantía real sobre el producto de una garantía independiente

106. El régimen debería prever que la eficacia frente a terceros de una garantía real sobre el producto de una promesa independiente (adquirida mediante control o automáticamente) no será un requisito para hacer ejecutar el derecho. No obstante, frente al garante/emisor, el confirmante, la persona designada o un beneficiario que no sea el otorgante, la garantía real deberá ejercerse conforme a las recomendaciones 25 *bis*, 25 *ter* y 25 *quater*.

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que en el comentario se aclarará que no será necesario ningún acto separado de transferencia por parte del otorgante para que el acreedor garantizado pueda hacer ejecutar una garantía real sobre un derecho al producto de una promesa independiente cuando la garantía real se haya constituido automáticamente en virtud de la recomendación 16. En el comentario se explicará asimismo que todas las obligaciones del garante/emisor o de la persona designada frente al acreedor garantizado se regirán por las recomendaciones 25* bis*, 25* ter *y 25* quater. *Además, en el comentario se explicará que la recomendación 106 no tiene por objeto perturbar los acuerdos previos al incumplimiento concertados entre el otorgante y el acreedor garantizado en virtud de los cuales, antes del incumplimiento por parte del otorgante, el acreedor garantizado reciba el producto de una promesa independiente.*]

Derecho aplicable a las garantías reales constituidas sobre el producto de una promesa independiente

138. El régimen debería disponer que: i) los derechos y obligaciones de un garante/emisor, de un confirmante o de una persona designada que haya recibido una solicitud de aceptación o que haya pagado o pueda pagar o dar valor en virtud de una promesa independiente, ii) el derecho a hacer ejecutar una garantía real sobre el producto de una promesa independiente frente a un garante/emisor, un confirmante o una persona designada, y iii) con la salvedad de lo que por lo demás disponga la recomendación 138 *bis*, la eficacia frente a terceros y la prelación sobre los derechos de partes reclamantes de una garantía real sobre una garantía constituida sobre el producto de una promesa independiente se regirán, por separado con respecto a un determinado garante/emisor, un confirmante o a una persona designada, por la ley del Estado que se determinará como sigue:

a) Si el garante/emisor ha emitido una promesa independiente, si el conformante ha emitido una confirmación o si la persona designada ha emitido una aceptación en la que especifica que se regirá por la ley de un Estado, el derecho aplicable será el del Estado especificado;

b) Si la ley aplicable no queda determinada por el párrafo anterior, la ley aplicable será la ley del Estado en el que esté situada la filial u oficina del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada que se indique en la promesa independiente del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada. Sin embargo, en el supuesto de que una persona designada no haya emitido una promesa independiente, la ley aplicable será la ley del Estado en la que esté situada la filial u oficina de la persona designada que haya pagado o que pueda pagar o dar valor conforme a la promesa independiente.

138 *bis*. El régimen debería disponer que si se constituye una garantía real sobre el producto de una promesa independiente y se hace efectivo frente a terceros automáticamente a consecuencia de la eficacia frente a terceros de una garantía real sobre un crédito por cobrar, un título negociable u otra obligación que la promesa independiente respalde, la constitución y la eficacia frente a terceros de la garantía real sobre el producto de una promesa independiente se regirá por la ley del Estado cuya legislación rija la constitución de garantías y la eficacia frente a terceros de la garantía real sobre el crédito apoyado, el título negociable o cualquier otra obligación.

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que la recomendación 138 sigue las reglas sobre conflicto de leyes aplicables con respecto a los derechos y obligaciones de los garantes/emisores, de los confirmantes y de las personas designadas. La única excepción que se hace al principio enunciado en la recomendación 138 es la recomendación 138* bis*, que se ocupa de las cuestiones limitadas de la constitución de garantías y de la eficacia frente a terceros en los supuestos en que una garantía real nace o se hace efectiva frente a terceros de forma automática.*

Además, en el comentario se explicará que cada banco (o a veces entidad no bancaria) que desempeñe una de estas funciones actuará conforme a la legislación del Estado en que esté situado, lo cual significa el lugar donde se encuentra su filial u oficina pertinente (o conforme a la ley que elija, que suele ser la del lugar en que se encuentra la filial u oficina). En consecuencia, distintas legislaciones rigen los diferentes bancos que intervienen y una elección de jurisdicción en una promesa independiente rige únicamente las obligaciones de un determinado emisor (véase el artículo 27 de las URDG, UCC 5-116 b), y el artículo 29 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos). En el comentario se explicará también que con la recomendación 138 se pretende aclarar que en caso de una solicitud de aceptación o de pago (sin previa aceptación) efectuada por un acreedor garantizado (o por el beneficiario en su nombre), la filial del banco afectado deberá aplicarle su legislación local.

En virtud de la recomendación 138, todos los conflictos de prelación estarán sujetos a la ley elegida por un garante/emisor, por un confirmante o por una persona designada o, en ausencia de elección de jurisdicción, a la ley de la filial u oficina pertinente. La Comisión tal vez desee estudiar la cuestión de si: i) cuando la filial del banco pague (o dé valor a) ese acreedor garantizado, esa misma ley debería ser aplicable al conflicto de prelación de ese acreedor garantizado con terceros; y ii) si el pago se efectúa al beneficiario y la competencia es entre terceros, la recomendación 138 debería ser inaplicable y deberían aplicarse las reglas residuales sobre conflictos de leyes (por ejemplo, la recomendación 137).

En el comentario se explicará también que: i) la constitución de una garantía real se rige por la regla general sobre conflictos de leyes en la recomendación 137 para los derechos sobre bienes corporales (excepto en lo dispuesto en la recomendación 138 bis *para la constitución automática de garantías); y ii) la ejecución de la garantía real se rige por la regla general sobre conflicto de leyes de la recomendación 148, salvo que la recomendación 138 disponga otra cosa.*]

III. Garantías reales sobre títulos negociables

[*Nota para la Comisión: en el contexto de su debate en torno a las garantías reales sobre títulos negociables, la Comisión tal vez desee examinar las definiciones i) ("bienes corporales") y x) ("título negociable") (véase A/CN.9/WG.VI/WP.27/Add.1).*]

Partes, garantías reales, obligaciones garantizadas y bienes abarcados

3. En particular, el régimen debería disponer que será aplicable a:

…

f) Las transferencias absolutas de créditos por cobrar en general;

[*Nota para la Comisión: La Comisión tal vez desee tomar nota de que, en su décimo período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en que, si bien las transferencias absolutas de títulos negociables no deberían entrar en el ámbito del proyecto de guía, cabría incluir en el comentario un análisis de las cuestiones pertinentes en beneficio de los Estados que desearan regular las transferencias absolutas de títulos negociables a causa de su importancia para las prácticas de financiación (véase A/CN.9/603, párr. 50).*

A este respecto, la Comisión tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que, si bien los principios de la legislación sobre operaciones garantizadas pueden hacerse fácilmente aplicables a las transferencias absolutas de pagarés y, quizá, de letras de cambio, aparte de los cheques, de forma similar al tratamiento que se da en la Guía a las transferencias absolutas de créditos por cobrar, esos principios no resultan adecuadamente aplicables a las transferencias absolutas de cheques, que ya se regulan suficientemente en la legislación sobre los títulos negociables y en la de los cobros bancarios.

En el comentario se explicará también que un Estado promulgante que desee hacer extensiva su legislación de operaciones garantizadas a las transferencias absolutas de títulos negociables que sean o bien pagarés o bien letras de cambio (y ampliar su definición de "garantía real" para que abarque el derecho del cesionario en tal operación), tal vez desee plantearse disponer que toda garantía real que constituya una transferencia absoluta de tal título negociable será automáticamente eficaz frente a terceros una vez hecha la transferencia. Con esa regla se evitaría perturbar las prácticas financieras existentes.

Además, en el comentario se explicará que, con respecto a la prelación de tal garantía real, serían aplicables los principios generales de prelación. Más concretamente, regiría el principio general enunciado en la recomendación 63 (véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.6), limitado por la recomendación 74. Al igual que en el caso de una transferencia absoluta de un crédito por cobrar, el cesionario absoluto de tal título negociable debería poder ejecutar el título sin el consentimiento del cedente, a reserva, naturalmente, de los derechos de las partes obligadas en virtud del título negociable, tal como se describe en el capítulo sobre la vía ejecutoria.]

Constitución de una garantía real sobre un título negociable

[*Nota para la Comisión: La Comisión tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que, conforme a la recomendación 8 (véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7), una garantía real sobre un título negociable podrá constituirse por un acuerdo entre el otorgante y el acreedor garantizado que figure por escrito y posiblemente esté firmado o incluso por un acuerdo verbal que vaya acompañado de una entrega de posesión del título al acreedor garantizado. En el comentario se explicará asimismo que lo enunciado en la presente recomendación sobre la constitución de una garantía real no afectará a los derechos obtenidos por endoso en virtud del régimen de los títulos negociables.*]

Derechos y obligaciones de la parte obligada en virtud de un título negociable

X. El régimen debería disponer que, entre el acreedor garantizado y i) la persona obligada en virtud del título negociable o ii) otras personas que reclamen derechos en virtud de la ley que rija los títulos negociables, las obligaciones y derechos de esas personas se determinarán por la ley que rija los títulos negociables.

Eficacia frente a terceros de una garantía real sobre un título negociable

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que, conforme a la recomendación general 35 sobre la eficacia frente a terceros (véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.5), una garantía real sobre un título negociable podrá hacerse oponible a terceros mediante la inscripción de una notificación en el registro general de garantías reales. La recomendación X aborda una cuestión especial.*]

Y. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un título negociable que se haya hecho oponible a terceros mediante la desposesión seguirá teniendo eficacia frente a terceros durante un breve período de [especifíquese el número] días después de que el título negociable haya sido entregado al otorgante para fines de presentación, cobro, ejecución o renovación.

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que un acreedor garantizado puede tener que devolver un título negociable gravado al otorgante para la presentación, el cobro, la ejecución o la renovación, si el acreedor garantizado no tiene ese derecho. En el comentario se explicará también que, devolviendo el título negociable gravado al otorgante, el acreedor garantizado correría el riesgo de perder su garantía sólo durante un breve período y únicamente si no hubiera inscrito una notificación de su garantía real en el registro general de garantías reales.*]

Prelación de una garantía real sobre un título negociable

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que las recomendaciones generales sobre prelación (véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.6) serán aplicables a la prelación con respecto a garantías reales sobre títulos negociables, mientras que las recomendaciones 74 y 74* bis *regulan otros conflictos de prelación.*]

74. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un título negociable que se haya hecho oponible a terceros privando al otorgante de la posesión del título prevalecerá sobre la garantía real constituida sobre un título negociable que haya adquirido eficacia frente a terceros por algún otro método.

74 *bis*. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un título negociable que se haya hecho valer frente a terceros por un método distinto de la desposesión del otorgante con respecto al título estará subordinada a los derechos de otro acreedor garantizado, de otro comprador o de otro cesionario (en una operación de consenso) que:

a) Cumpla los requisitos de un tenedor protegido en virtud de la legislación que rija los títulos negociables; o

b) Tome posesión del título negociable o dé valor de buena fe y sin conocimiento de que la transferencia se ha efectuado en violación de los derechos del tenedor de la garantía real.

Ejecución de una garantía real sobre un título negociable

104. En el régimen debería preverse que, después de incurrirse en incumplimiento, o antes con el acuerdo del otorgante, el acreedor garantizado tendrá derecho, a reserva de lo dispuesto en la recomendación X, a cobrar o a hacer valer de algún otro modo un título negociable que sea un bien gravado frente a una persona que se halle obligada por ese título.

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que entre el acreedor garantizado y i) la persona obligada por el título negociable o ii) terceros que invoquen derechos en virtud del régimen de los títulos negociables, los derechos de ejecución del acreedor garantizado se regirán por la legislación en materia de títulos negociables. En el comentario se darán también los siguientes ejemplos al respecto:*

a) La persona sujeta al título negociable sólo podrá quedar obligada a pagar al titular o a un tercero con derecho a hacer valer el título conforme a la ley que rija los títulos negociables; y

b) El derecho de la persona obligada por el título a oponer excepciones a dicha obligación estará determinado por la legislación que rija los títulos negociables.]

105. El régimen debería disponer que el derecho del acreedor garantizado a cobrar o a hacer valer de algún otro modo un título negociable incluye el derecho a cobrar o a hacer ejecutar de algún otro modo cualquier derecho personal o real que respalde el pago del título negociable (como, por ejemplo, una garantía o un derecho de garantía).

Ley aplicable a las garantías reales sobre bienes corporales

136. El régimen debería disponer que, salvo si en las recomendaciones 140 y 142 se dispone otra cosa, la constitución de toda garantía real sobre bienes corporales, su eficacia frente a terceros y su prelación sobre los derechos de otras partes reclamantes de una garantía real sobre bienes corporales se regirán por las leyes del Estado en que esté situado el bien gravado. No obstante, cuando se trate de garantías

sobre bienes corporales que suelan utilizarse en más de un Estado, el régimen debería disponer que esas cuestiones se rijan por las leyes del Estado en que esté situado el otorgante. [Con respecto a las garantías reales sobre el tipo de bienes corporales mencionados en la frase anterior que estén sujetos a un sistema de inscripción de titularidad, el régimen debería disponer que esas cuestiones se rijan por la ley del Estado bajo cuya jurisdicción se lleve el registro.]

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que la frase "bienes corporales que suelan utilizarse en más de un Estado" se refiere a bienes móviles, como los vehículos automotores. La misma expresión en la frase entre corchetes de la recomendación 136 se refiere a bienes móviles, como buques y aeronaves.*]

Ley aplicable a la eficacia de las garantías reales frente a terceros en determinados tipos de bienes con inscripción registral

140. Si el Estado en que está situado el otorgante reconoce la inscripción registral como método para que una garantía real sobre un título negociable y los derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria surtan efecto frente a terceros, la ley de ese Estado determinará si, mediante la inscripción registral efectuada conforme a la legislación de ese Estado, la garantía real sobre esos bienes gravados es eficaz frente a terceros.

Ley aplicable a los derechos y obligaciones del otorgante y del acreedor garantizado

146. [*Véase A/CN.9/611.*]

Ley aplicable a los derechos y obligaciones del deudor del crédito y del cesionario, del sujeto pasivo de una obligación en virtud de un título negociable o del emisor de un documento negociable y del acreedor garantizado

147. [*Véase A/CN.9/611.*]

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que: i) la recomendación 148 se aplica a la ejecución de una garantía real sobre un título negociable (A/CN.9/WG.VI/WP.24); y ii) las recomendaciones sobre el efecto del procedimiento de insolvencia en la ley aplicable, así como las demás recomendaciones generales formuladas en el capítulo sobre el conflicto de leyes (A/CN.9/WG.VI/WP.24), se aplicarán a las garantías reales sobre títulos negociables.*]

IV. Garantías reales sobre documentos negociables

[*Nota para la Comisión: en el contexto de su debate en torno a las garantías reales sobre los documentos negociables, la Comisión tal vez desee examinar las definiciones y) ("documento negociable"), nn) ("posesión") y oo) ("emisor") (véase A/CN.9/WG.VI/WP.27/Add.1).*]

Constitución de una garantía real sobre un documento negociable

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que, en el comentario se explicará que con arreglo a la recomendación 8 (véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7), una garantía real sobre un documento negociable puede constituirse por acuerdo escrito y posiblemente firmado entre el otorgante y el acreedor garantizado, o incluso por acuerdo verbal y mediante la entrega de la posesión del documento al acreedor garantizado. En beneficio de los Estados promulgantes que tal vez deseen regular los títulos de transporte multimodal, en el comentario se explicará que, dado que la definición de documento negociable en el proyecto de guía se deja en manos del derecho que rige los documentos negociables, la negociabilidad de los títulos de transporte multimodal también se deja en manos de ese derecho.*]

28. El régimen debería disponer que la constitución de una garantía real sobre un documento negociable también da origen a una garantía real sobre los bienes que representa dicho documento, siempre que el emisor esté directa o indirectamente en posesión de dichos bienes en el momento en que se constituya la garantía real sobre el documento.

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que en el comentario se aclarará que una garantía real sobre bienes abarcados por un documento negociable podrá constituirse conforme a la recomendación 8 directamente sobre los bienes o, conforme a la recomendación 28, mediante la constitución de una garantía real sobre el documento negociable que respalde los bienes. En el comentario se aclarará también que la recomendación 28 tiene la finalidad de negar que, en situaciones en que exista una garantía real sobre un documento negociable, deba constituirse una garantía real separada sobre los bienes respaldados por el documento. Además, en el comentario se explicará que ni la recomendación 8 ni la recomendación 28 ni ninguna otra recomendación afectará a los derechos sobre documentos negociables que se hayan adquirido de conformidad con la ley que rija los documentos negociables.*]

Derechos y obligaciones del emisor de un documento negociable

Z. El régimen debería disponer que, en la relación entre el acreedor garantizado y el emisor o cualquier otra persona obligada por el documento negociable, los derechos y obligaciones de esas personas se regirán por la ley que regule los documentos negociables.

[*Nota para la Comisión: La Comisión tal vez desee tomar nota de que esta recomendación se insertará en un capítulo separado referente a los derechos y obligaciones de los terceros obligados.*]

Eficacia frente a terceros de una garantía real sobre un documento negociable

44. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un documento negociable adquiere eficacia frente a terceros mediante la entrega de la posesión del documento al acreedor garantizado.

44 *bis*. El régimen debería disponer que, si una garantía real sobre un documento negociable es eficaz frente a terceros, la garantía real correspondiente sobre los bienes respaldados por el documento será también oponible a terceros. Siempre que

un documento negociable represente bienes, una garantía real sobre los bienes podrá adquirir eficacia frente a terceros mediante la privación de posesión del otorgante con respecto al documento.

44 *ter*. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un documento negociable que haya adquirido eficacia frente a terceros mediante la desposesión del otorgante seguirá siendo oponible a terceros durante un breve período de [especifíquese el número] días después de que el documento negociable haya sido entregado al otorgante o a otra persona a efectos de la venta o intercambio definitivo, la carga o la descarga o todo otro acto de disposición de las mercancías incorporadas al documento negociable.

Prelación de una garantía real sobre un documento negociable

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que en el comentario se aclarará que las recomendaciones generales sobre prelación se aplicarán a las garantías reales sobre documentos negociables, mientras que las recomendaciones 80 y 81 se refieren a otros conflictos de prelación.*]

80. El régimen debería disponer que, aunque los bienes estén en posesión del emisor de un documento negociable respecto de ellos, toda garantía real sobre dichos bienes que haya adquirido eficacia frente a terceros al adquirir esa eficacia la garantía real sobre el documento negociable gozará de prelación respecto de toda otra garantía real sobre los bienes que se haya hecho oponible a terceros por un método diferente, mientras los bienes estaban abarcados por el documento.

81. El régimen debería prever que una garantía real sobre el documento negociable y sobre los bienes que este abarque estará sujeta a los derechos que prevea el régimen que rija los documentos negociables de una persona con la que se haya negociado debidamente el documento negociable.

Ejecución de una garantía real sobre un documento negociable

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que las recomendaciones generales sobre la ejecución de las garantías reales también serán aplicables aquí, mientras que la recomendación 109 se refiere a una cuestión especial.*]

109. En el régimen debería preverse que al producirse un incumplimiento, o antes de él y con el consentimiento del otorgante, el acreedor garantizado tendrá derecho, a reserva de lo dispuesto en la recomendación Z, a ejecutar una garantía real sobre el documento negociable frente al emisor o frente a cualquier otra persona obligada por dicho documento negociable.

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que, conforme a la ley que rija los documentos negociables, el emisor podrá verse obligado a entregar los bienes únicamente al titular del documento negociable que se refiera a ellos.*]

Régimen aplicable a las garantías reales sobre bienes corporales

136. [*Véase la recomendación 136, en la sección III* supra.]

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que podrá constituirse una garantía real sobre bienes ya sea conforme a la recomendación 8 o constituyendo una garantía real sobre un documento negociable que represente esos bienes de conformidad con la recomendación 28 (véase supra). En ambos casos, la recomendación 136 dispone que la constitución de la garantía real, su eficacia frente a terceros y su prelación se regirán por la ley del Estado en que se encuentren los bienes o el documento, según el caso. Dado que los bienes en tránsito y los bienes de exportación, por naturaleza, se trasladan de un Estado a otro, y que, por consiguiente, la ubicación de los bienes en un determinado momento puede ser fortuita o temporal, la recomendación 142 dispone otro método para la constitución de una garantía real sobre esos bienes y para su eficacia frente a terceros remitiendo a la ley del Estado de destino final de las mercancías, siempre y cuando estas lleguen a su destino en un plazo razonable. Así pues, la recomendación 142 regula los problemas que pudieran surgir de una adhesión inamovible a la "regla de la ubicación del bien corporal" en el contexto de los bienes cuya ubicación cambiará indudablemente a consecuencia de la naturaleza en sí de la operación de financiación.*

La Comisión, sin embargo, tal vez desee tomar nota de que, en su décimo período de sesiones, el Grupo de Trabajo consideró que, en muchas operaciones de financiación con documentos negociables, también es propio de la operación que la ubicación del documento negociable cambie, como puede ocurrir, por ejemplo, en el caso de un conocimiento de embarque que pase del consignador al consignatario, al acreedor garantizado o a otro financiador (véase A/CN.9/603, párr. 60). Además, el Grupo de Trabajo observó que, en tales operaciones, puede ocurrir que en cualquier momento el documento negociable se encuentre en un Estado distinto del Estado en que estén situados los bienes que representa, aun cuando al final los bienes y el documento negociable estarán ubicados en el mismo Estado. En consecuencia, en ese período de sesiones, se indicó que la cuestión práctica relativa a los bienes que se regula en la recomendación 142 podría darse también en los documentos negociables que representaran esos bienes y que, en consecuencia, tal vez fuera ventajoso ampliar el alcance de la recomendación 142 para que abarcara también los documentos negociables. Así pues, la Comisión tal vez desee plantearse hacer extensiva la aplicación de la recomendación 142 a los documentos negociables. A este respecto, la Comisión tal vez desee tomar en consideración que, conforme a las recomendaciones 136 y 142, la prelación de una garantía real sobre los bienes representados por un documento negociable está siempre sujeta a la ley del lugar en que se encuentra el documento. Si la ley aplicable es la del Estado que ha promulgado las recomendaciones de la presente Guía, en virtud de la recomendación 80, la garantía real sobre los bienes que adquirió eficacia frente a terceros al adquirir dicha eficacia el documento negociable, tendrá prelación sobre una garantía real respecto de los bienes que hubiera adquirido eficacia frente a terceros mediante otro método. La Comisión tal vez desee también tomar nota de que, en virtud de la recomendación 148, la ejecución de la garantía real sobre los bienes o sobre el documento estará siempre sujeta a la ley del Estado en que tenga lugar la ejecución o a la ley que rija el acuerdo de garantía (según la variante que se elija).]

Ley aplicable a la eficacia de las garantías reales frente a terceros en determinados tipos de bienes con inscripción registral

140. [*Véase la recomendación 140, en la sección III* supra.]

Garantías reales sobre mercancías en tránsito y mercancías de exportación

142. El régimen debería disponer que toda garantía real sobre bienes corporales (que no sean títulos negociables ni documentos negociables) que estén en tránsito o que se vayan a exportar del Estado en que se encuentren en el momento de constituirse la garantía real, también pueda constituirse y hacerse valer frente a terceros con arreglo a las leyes del Estado de destino final de los bienes, siempre y cuando estos lleguen a dicho Estado en un breve período de [especifíquese el número] días a contar desde el momento en que se constituya la garantía real.

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que es posible constituir garantías reales sobre mercancías en tránsito y mercancías destinadas a la exportación y dar a dichas garantías eficacia frente a terceros, en virtud de la recomendación 136, conforme a la ley del Estado en que se encuentren las mercancías en el momento de constituirse la garantía o, en virtud de la recomendación 142, conforme a la ley del Estado de su destino final. En el comentario se explicará asimismo que la ley del Estado de destino final de las mercancías que rija la constitución de garantías reales y su eficacia frente a terceros será aplicable incluso en el caso de un conflicto entre derechos concurrentes que se hubieran constituido y que hubieran adquirido eficacia frente a terceros mientras las mercancías destinadas a la exportación hubieran estado ubicadas en el Estado de origen. Además, en el comentario se explicará que la regla enunciada en esta recomendación: i) será aplicable a los bienes gravados que viajen, independientemente de que los documentos negociables que se refieran a ellos los acompañen o no; ii) no será aplicable a los bienes gravados que no viajen, con independencia de que los documentos negociables que se refieran a dichos bienes sí viajen; y iii) no será aplicable a los documentos negociables gravados, tanto si viajan como si no.*]

Ley aplicable a los derechos y obligaciones del otorgante y del acreedor garantizado

146. [*Véase A/CN.9/611.*]

Ley aplicable a los derechos y obligaciones del deudor del crédito y del cesionario, del sujeto pasivo de una obligación en virtud de un título negociable o del emisor de un documento negociable y del acreedor garantizado

147. [*Véase A/CN.9/611.*]

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que: i) la recomendación 148 se aplicará a la ejecución de una garantía real sobre un documento negociable (A/CN.9/WG.VI/WP.24); y ii) las recomendaciones acerca de las repercusiones de la insolvencia en el derecho aplicable, así como las demás recomendaciones generales del capítulo relativo a los conflictos de leyes (A/CN.9/WG.VI/WP.24), se aplicarán a las garantías reales sobre documentos negociables.*]

A/CN.9/611/Add.2

Recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

ADICIÓN

ÍNDICE

Recomendaciones

VII. Derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento 86-87

VIII. Incumplimiento y vía ejecutoria 88-124

VII. Derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento

Finalidad

Las disposiciones sobre el régimen aplicable a los derechos y obligaciones de las partes antes del incumplimiento tienen por objeto incrementar la eficiencia de las operaciones garantizadas y reducir los costos de las operaciones y las posibles controversias, concretamente:

a) Previendo reglas sobre cláusulas suplementarias para todo acuerdo de garantía;

b) Eliminando la necesidad de negociar y redactar cláusulas para los acuerdos de garantía que ofrezcan una base aceptable para concertar un acuerdo;

c) Brindando a las partes orientación en la redacción del acuerdo de garantía o facilitándoles una lista de referencia a la que puedan remitirse durante la negociación y la concertación del acuerdo de garantía; y

d) Promoviendo la autonomía de las partes.

Autonomía contractual de las partes

86. Salvo si se dispone otra cosa en [especifíquense las disposiciones a las que no puede hacerse excepción o que no puedan modificarse mediante acuerdo, por ejemplo, las normas de conducta en el contexto de la ejecución], el régimen debería disponer que el acreedor garantizado y el otorgante podrán hacer excepción, mediante acuerdo, a sus respectivos derechos y obligaciones, o modificarlos. Ese acuerdo no afecta a los derechos de toda persona que no fuera parte en el acuerdo.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo recordará que, en su décimo período de sesiones, convino en que la recomendación 86 se trasladara a la parte general del proyecto de guía (véase A/CN.9/603, párr. 90). Dado que esa parte ya se había publicado antes del décimo período de sesiones del Grupo de Trabajo, esta decisión se plasmará en la próxima versión de la parte general.*]

Cláusulas suplementarias para el acuerdo de garantía

87. El régimen debería contener reglas que dispusieran, en particular:

a) La obligación del acreedor garantizado o del otorgante que estén en posesión de los bienes gravados de adoptar las medidas necesarias para preservar y asegurar los bienes gravados y para pagar los impuestos sobre ellos;

b) El derecho del acreedor garantizado a utilizar razonablemente los bienes gravados que estén en su posesión o a inspeccionar los bienes gravados que estén en posesión del otorgante;

c) El derecho del acreedor garantizado a percibir cualquier producto dimanante de los bienes gravados que estén en su posesión o a hacer extensiva la garantía real a todo producto de los bienes gravados que estén en posesión del otorgante;

d) El derecho del acreedor garantizado a ceder libremente la obligación garantizada, en cuyo caso la garantía real seguirá al crédito cedido, a menos que la ley disponga otra cosa;

e) El derecho del acreedor garantizado a que se le reembolsen los gastos razonables que haya realizado para la preservación de los bienes gravados que estén en su posesión;

f) La obligación del otorgante de compensar toda desvalorización imprevista de los bienes gravados;

g) La obligación del acreedor garantizado de devolver los bienes gravados que estén en su posesión o de cancelar la notificación inscrita en el registro una vez que se haya pagado íntegramente la obligación garantizada y que se hayan clausurado todos los compromisos de conceder crédito financiero.

VIII. Incumplimiento y vía ejecutoria

Finalidad

Las disposiciones sobre el régimen aplicable al incumplimiento y a la vía ejecutoria tienen por objeto:

a) Prever procedimientos claros y sencillos para ejecutar las garantías reales de forma previsible y eficiente al producirse un incumplimiento por parte del deudor;

b) Prever procedimientos con los que se incremente al máximo el valor de la posible liquidación de los bienes gravados en beneficio del otorgante, del deudor o de otra persona que adeude el pago de la obligación garantizada del acreedor garantizado y de otros acreedores que tengan algún derecho sobre los bienes gravados;

c) Prever la aplicación de métodos judiciales agilizados y, a reserva de la aplicación de las salvaguardias apropiadas, de métodos extrajudiciales para que el acreedor garantizado obtenga el valor de la liquidación de los bienes gravados;

d) Coordinar el régimen de ejecución de las operaciones garantizadas con otras disposiciones legales que rijan la ejecución de los créditos sobre bienes gravados, incluido el régimen de la insolvencia.

Aplicación del presente capítulo a las transferencias absolutas de créditos por cobrar

88. [*Véase A/CN.9/611*.]

Normas generales de conducta

89. El régimen debería prever que todas las partes deberán ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones conforme a las recomendaciones del presente capítulo, actuando de buena fe y de forma razonable desde el punto de vista mercantil.

Responsabilidad en caso de incumplimiento de las recomendaciones del presente capítulo

90. El régimen debería disponer que toda parte que incumpla las obligaciones dimanantes de las recomendaciones del presente capítulo incurrirá en responsabilidad por todo daño o perjuicio ocasionado por dicho incumplimiento.

Limitaciones de la Autonomía de las partes en el contexto de la ejecución de una garantía real

91. El régimen debería disponer que los derechos que nazcan de la recomendación 89 no podrán ser objeto de una renuncia unilateral ni podrán modificarse mediante acuerdo en ningún momento. A reserva de esa excepción: i) el otorgante y cualquier otra persona que adeude un pago o que deba cumplir una obligación garantizada frente a otra persona sólo podrá renunciar unilateralmente a cualquiera de los derechos y recursos que le confieren las recomendaciones del presente capítulo o modificarlos mediante acuerdo cuando haya habido incumplimiento, y ii) el acreedor garantizado podrá en todo momento renunciar unilateralmente o mediante acuerdo a cualquiera de los derechos y recursos que le confieren las recomendaciones del presente capítulo. Tal acuerdo no afectará los derechos de terceros que no sean partes en él. La persona que impugne el acuerdo deberá demostrar que este se celebró antes del incumplimiento o que es incompatible con la recomendación 90.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si una renuncia a la responsabilidad en virtud de la recomendación 90 o su modificación deberían regularse en la recomendación 91 o dejarse en manos de otra ley.*]

Derechos y recursos tras el incumplimiento

92. Tal como se dispone más específicamente en otras recomendaciones del presente capítulo, el régimen debería prever que, al producirse el incumplimiento, el otorgante y el acreedor garantizado dispondrán de los derechos y recursos establecidos en las recomendaciones del presente capítulo, en el acuerdo de garantía (excepto si este es incompatible con las recomendaciones imperativas del presente capítulo) y en cualquier otra legislación.

Derechos y recursos para el acreedor garantizado

93. Tal como se dispone más específicamente en otras recomendaciones del presente capítulo, el régimen debería disponer que tras el incumplimiento el acreedor garantizado tendrá derecho a:

a) Obtener la posesión de un bien corporal gravado;

b) Cobrar el valor de un bien gravado que sea un crédito por cobrar, un título negociable, un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria o el producto de una promesa independiente;

c) Ejercer sus derechos en virtud de un documento negociable;

d) Vender o enajenar de algún otro modo un bien gravado, a arrendarlo o a conceder una licencia respecto de él;

e) Proponer al otorgante que el acreedor garantizado acepte un bien gravado a modo de cumplimiento total o parcial de la obligación garantizada; y

f) Ejercitar cualquier otro derecho o recurso previsto en el acuerdo de garantía (excepto si es incompatible con las recomendaciones imperativas del presente capítulo) o en cualquier otra regla de derecho.

Ejecución judicial y extrajudicial

94. Tal como se dispone más específicamente en otras recomendaciones del presente capítulo, el régimen debería disponer que, tras un incumplimiento, el acreedor garantizado tendrá derecho a ejercer los derechos y recursos descritos en la recomendación 93:

a) Recurriendo a un tribunal o a otra autoridad; o

b) Sin recurrir ni a un tribunal ni a ninguna otra autoridad.

Derechos y recursos para el otorgante

95. Tal como se dispone más específicamente en otras recomendaciones del presente capítulo, el régimen debería prever que, al producirse el incumplimiento, el otorgante tendrá derecho a:

a) Pagar íntegramente la obligación garantizada, después del incumplimiento y hasta la enajenación o la aceptación del bien gravado o del cobro de su importe por el acreedor garantizado, y quedar liberado de la garantía real constituida sobre todos los bienes gravados que respalden la obligación, siempre y cuando se hayan cancelado todos los compromisos del acreedor garantizado para conceder crédito financiero;

b) Apelar ante un tribunal u otra autoridad en caso de que el acreedor garantizado no haya cumplido o no esté cumpliendo sus obligaciones previstas en las recomendaciones del presente capítulo en lo que se refiere a la ejecución extrajudicial;

c) Rechazar la propuesta del acreedor garantizado de aceptar un bien gravado a modo de satisfacción total o parcial de la obligación garantizada en los plazos prescritos en las recomendaciones del presente capítulo; y

d) Ejercer cualquier otro derecho o recurso previsto en el acuerdo de garantía (excepto si no se ajusta a las recomendaciones imperativas del presente capítulo) o en cualquier otra regla de derecho.

Procedimientos judiciales sumarios

96. El régimen debería prever procedimientos judiciales sumarios con respecto al ejercicio de derechos y recursos del acreedor garantizado, del otorgante y de cualquier otra persona que deba cumplir la obligación garantizada o que pretenda tener algún derecho sobre los bienes gravados.

Recursos acumulativos

97. El régimen debería prever que el ejercicio de un derecho o recurso no invalidará la posibilidad de acogerse a otro.

Derechos y recursos con respecto a la obligación garantizada

98. El régimen debería prever que el ejercicio de los derechos o recursos relativos a un bien gravado establecidos en el presente régimen no impide al acreedor garantizado ejercitar sus derechos o recursos con respecto a la obligación garantizada por el bien gravado. El ejercicio de derechos o recursos con respecto a una obligación garantizada no impedirá al acreedor garantizado ejercer sus derechos o recursos con respecto a un bien gravado que respalde esa obligación.

Liberación de los bienes gravados tras la liquidación completa

99. El régimen debería prever que, tras producirse el incumplimiento y hasta el momento en que el acreedor garantizado enajene o acepte el bien gravado o cobre su importe, el deudor, el otorgante o cualquier otra parte interesada (por ejemplo, un acreedor garantizado cuyo crédito goce de un grado de prelación inferior al del acreedor garantizado ejecutante, un garante o uno de los copropietarios de los bienes gravados) tendrán derecho a pagar íntegramente la obligación garantizada. Si se han cancelado todos los compromisos de otorgar crédito financiero, con este pago todos los bienes gravados que respaldan esa obligación dejarán de estar sujetos a la garantía real o, en la medida en que lo disponga otra ley, se subrogarán los derechos del acreedor garantizado a cualquier otra parte interesada que efectúe el pago.

Recursos con respecto a la ejecución extrajudicial

100. En el régimen debería preverse que el deudor, el otorgante u otros interesados (por ejemplo, un acreedor garantizado, un garante o un copropietario de los bienes gravados) tendrán derecho a recurrir a un tribunal o a otra autoridad en caso de que el acreedor garantizado no cumpla o no esté cumpliendo con sus obligaciones previstas en las recomendaciones del presente capítulo. En el régimen deberían preverse salvaguardias en el procedimiento, a fin de desalentar las solicitudes infundadas y de impedir toda obstaculización impropia o toda demora indebida de la capacidad del acreedor garantizado para ejecutar su garantía real.

Derecho del acreedor garantizado a la posesión de un bien gravado

101. El régimen debería prever que, al producirse un incumplimiento, el acreedor garantizado tendrá derecho a la posesión de un bien corporal gravado.

Variante A

El acreedor garantizado tendrá derecho a tomar posesión del bien gravado sin recurrir a un tribunal o a otra autoridad si: i) ha notificado el incumplimiento al otorgante y a toda persona que esté en posesión del bien gravado y ii) puede tomar posesión del bien sin el uso de la fuerza o la amenaza de fuerza.

Variante B

El acreedor garantizado tendrá derecho a tomar posesión del bien gravado sin recurrir a un tribunal o a otra autoridad si: i) ha notificado el incumplimiento y su intención de proceder a la ejecución extrajudicial al otorgante y a toda persona que esté en posesión del bien gravado, y ii) puede tomar posesión del bien sin el uso de la fuerza, la amenaza de fuerza u otro acto ilegal similar.

Cobro de créditos exigibles

102. [*Véanse las recomendaciones 102 y 103 en A/CN.9/611.*]

Títulos negociables

104. [*Véanse las recomendaciones 104 y 105 en A/CN.9/611/Add.1.*]

Producto de una promesa independiente

106. [*Véase A/CN.9/611/Add.1.*]

Derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria

106 *bis*. [*Véanse las recomendaciones 106* bis*, 107 y 108 en A/CN.9/611/Add.1.*]

Documentos negociables

109. [*Véase A/CN.9/611/Add.1.*]

Enajenación de bienes gravados

110. Tal como se dispone más específicamente en otras recomendaciones del presente capítulo, en el régimen debería preverse que, tras producirse un incumplimiento, el acreedor garantizado tendrá derecho a vender o a enajenar de otro modo, a arrendar un bien gravado o a conceder licencias sobre él de conformidad con la recomendación 93 d).

110 *bis*. El régimen debería disponer que un acreedor garantizado que enajenara bienes gravados sin recurrir a ningún tribunal ni a otra autoridad podrá seleccionar el método, la manera, el momento y el lugar en que se efectuará la enajenación, así como otros aspectos.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que esta recomendación está sujeta a la norma de la buena fe y de la razonabilidad comercial que se enuncia en la*

recomendación 89. También se explicará que el propósito y efecto de esta recomendación es compaginar los intereses del otorgante (y de sus otros acreedores) con los del acreedor garantizado ofreciendo flexibilidad en los métodos utilizados para enajenar bienes gravados con miras a obtener una liquidación económicamente efectiva, al tiempo que se protege al otorgante de toda acción que pudiera adoptar el acreedor garantizado y que, en el contexto mercantil, no fuera razonable. En el comentario se explicará también que el acreedor garantizado no necesitará estar en posesión de los bienes gravados para ejercer los derechos y recursos que se prevén en el presente capítulo.]

Notificación anticipada de la enajenación extrajudicial de bienes gravados

111. El régimen debería requerir del acreedor garantizado que diera notificación de una enajenación extrajudicial de un bien gravado tras un incumplimiento. La ley debería:

a) Especificar que la notificación deberá darse: i) al otorgante, al deudor y a cualquier otra persona que adeude el pago de la obligación garantizada, ii) a cualquier persona que tenga derechos sobre el bien gravado y que, antes de que el acreedor garantizado haya notificado al otorgante, haya dado a conocer por escrito esos derechos al acreedor garantizado, y iii) a cualquier otro acreedor garantizado que, más de [...] días antes de que se envíe la notificación al otorgante haya registrado una notificación de garantía real sobre el bien gravado bajo el nombre del otorgante, o que esté en posesión del bien gravado en el momento en que se hizo cargo de él el acreedor garantizado;

b) Especificar la forma y el momento en que deberá darse tal notificación, así como su contenido mínimo, determinando incluso si dicha notificación al otorgante debería contener el cálculo de la cuantía adeudada en ese momento e indicando el derecho del deudor o del otorgante a obtener que los bienes gravados queden liberados de la garantía real con arreglo a la recomendación 98;

c) Disponer que la notificación esté redactada en un idioma que quepa razonablemente prever que informe a los destinatarios de su contenido (para la notificación al otorgante será suficiente que esté redactada en el mismo idioma que el acuerdo de garantía, y si hace valer la garantía real frente a terceros mediante la inscripción registral, será suficiente con notificar a todas las otras personas en el idioma en que figure registrada);

d) Regular las consecuencias jurídicas del incumplimiento de las recomendaciones que rigen las notificaciones; y

e) Enumerar los casos en que no se requeriría tal notificación, ya sea porque la demora ocasionada por el requisito de notificación previa podría tener un efecto negativo en el valor de liquidación de los bienes gravados (como en el caso de los bienes corporales perecederos u otros bienes cuyo valor pudiera decrecer rápidamente) o porque los bienes gravados son de una naturaleza que se venden en un mercado reconocido (con lo que queda obviada la necesidad de una notificación previa).

112. En el régimen deberían preverse normas que garanticen que la notificación mencionada en la recomendación 111 pueda darse de forma eficaz, oportuna y fiable a fin de proteger al otorgante y a otras partes interesadas y de evitar, al mismo

tiempo, toda repercusión negativa sobre los recursos del acreedor garantizado y sobre el posible valor monetario de los bienes gravados.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que esas reglas deberían compaginar el interés del acreedor garantizado en tener flexibilidad para enajenar el bien gravado sin demora a fin de aprovechar las condiciones favorables del mercado (un interés que también tiene beneficios para el otorgante y para otras partes interesadas) con el interés del otorgante y de esas otras partes en obtener la notificación de la enajenación con la suficiente anticipación a fin de poder adoptar medidas que les permitan proteger mejor sus intereses (como localizar a posibles compradores del bien gravado o asistir a una enajenación pública del bien gravado para comprobar si el acreedor garantizado cumplía con las obligaciones que le impone el presente capítulo). En el comentario se explicará también que la recomendación no requiere la inscripción registral de la notificación porque la notificación ya cumple los posibles objetivos de la inscripción. El Grupo de Trabajo tal vez desee definir la notificación como notificación escrita, salvo cuando la ley disponga otra cosa.*]

Aceptación de los bienes gravados como forma de pago de la obligación garantizada

113. En el régimen debería disponerse que, al producirse un incumplimiento, el acreedor garantizado podrá declararse dispuesto a aceptar, sin recurrir a un tribunal ni a ninguna otra autoridad, uno o más de los bienes gravados a modo de pago total o parcial de la obligación garantizada.

114. En el régimen debería preverse que el acreedor garantizado que se declare dispuesto a aceptar un bien gravado a modo de liquidación total o parcial de la obligación garantizada deberá enviar la propuesta, especificando la suma adeudada en la fecha del envío de la propuesta y el importe de la obligación que se proponga dar por satisfecha al aceptar el bien gravado, a las siguientes personas:

a) Al otorgante, al deudor y a cualquier otra persona que adeude pagos correspondientes a la obligación garantizada (por ejemplo, a un garante);

b) A toda persona a la que asistan derechos sobre el bien gravado que hayan notificado esos derechos por escrito al acreedor garantizado más de [...] días antes del envío de la propuesta por parte del acreedor garantizado al otorgante; y

c) A cualquier otro acreedor garantizado que más de [...] días antes de que la propuesta sea enviada al otorgante haya inscrito en un registro una notificación de una garantía real sobre el bien gravado en nombre del otorgante, o que se halle en posesión del bien gravado en el momento en que se hubiera hecho cargo de él el acreedor garantizado.

115. El régimen debería disponer que si una persona a la que, en virtud de la recomendación 114, haya de enviarse una propuesta de aceptación de un bien gravado en total o parcial satisfacción de la obligación garantizada presenta una objeción por escrito a dicha propuesta [en un breve plazo, como de 20 días] a partir de la fecha del envío de la propuesta, el acreedor garantizado no podrá llevar a término su propuesta.

Distribución del producto de la ejecución

116. En el régimen debería preverse que, en caso de ejecución extrajudicial, el acreedor garantizado ejecutante deberá aplicar el producto neto de su ejecución (previa deducción de los costos de ejecución) al pago de las obligaciones garantizadas. A reserva de lo previsto en la recomendación 117, el acreedor garantizado ejecutante deberá cancelar todo superávit que subsista tras este pago a los acreedores concurrentes subordinados que, antes de toda distribución del superávit, hayan notificado por escrito al acreedor garantizado ejecutante su reclamación de un eventual superávit. El saldo restante, si lo hubiere, deberá hacerse efectivo al otorgante.

117. Además, en el régimen debería disponerse que, en caso de ejecución extrajudicial, exista o no controversia sobre el derecho de algún reclamante concurrente a cobrar o sobre el grado de prelación en el cobro, el acreedor garantizado ejecutante podrá, de conformidad con las reglas procesales generalmente aplicables, hacer efectivo el superávit a una autoridad judicial competente u otra autoridad o a una caja pública de depósitos para su distribución. En caso de efectuarse tal pago, el superávit debería repartirse en función de las reglas que rigen la prelación en el presente régimen.

118. En el régimen debería preverse que la distribución del producto resultante de una liquidación judicial o de otro procedimiento administrado oficialmente deberá efectuarse conforme a las normas generales del Estado que rijan los procedimientos de ejecución, pero con sujeción a las reglas de prelación del presente régimen.

119. En el régimen debería disponerse que el deudor y toda otra persona que adeude el pago de la obligación garantizada deberán abonar todo déficit en el saldo pagado que quede pendiente tras la aplicación del producto neto de la ejecución al cumplimiento de la obligación garantizada.

Derecho del acreedor garantizado con mayor grado de prelación a hacerse cargo de la ejecución

120. En el régimen debería preverse que, en cualquier momento anterior a la enajenación final, a la aceptación o al cobro de un bien gravado, el acreedor garantizado cuya garantía real goce de prelación sobre la del acreedor garantizado ejecutante o sobre la del acreedor judicial ejecutante tendrá derecho a asumir el control del proceso de ejecución. El derecho a asumir el control incluye el de proseguir la ejecución, a proceder a la ejecución mediante un método distinto previsto en el capítulo y a decidir si los recursos previstos en la recomendación del presente capítulo serán administrados o no por un tribunal o por otra autoridad.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se explicará que el acreedor garantizado con prelación tendrá derecho a sustituir el procedimiento de ejecución judicial iniciado por un acreedor judicial subordinado conforme a otra ley por su propio proceso de ejecución conforme al presente régimen, pero no tendrá derecho a proseguir el proceso de ejecución iniciado por el acreedor judicial en virtud de esa otra ley*.]

Titularidad u otro derecho adquirido mediante distribución extrajudicial

121. El régimen debería prever que si un acreedor garantizado enajena su bien gravado sin recurrir a un tribunal ni a otra autoridad, la persona que adquiera de buena fe el bien conforme a la enajenación i) adquirirá el derecho del otorgante sobre el bien a reserva de los derechos que tengan mayor grado de prelación sobre la garantía real del acreedor garantizado ejecutante, pero ii) adquirirá dicho bien libre de los derechos del acreedor garantizado ejecutante y los de otra parte reclamante concurrente cuyo grado de prelación sea inferior al del acreedor garantizado ejecutante. La misma norma se aplicará a todo bien gravado adquirido por un acreedor garantizado que haya aceptado el bien gravado como pago total o parcial de la obligación garantizada.

122. El régimen debería disponer que, si un acreedor garantizado enajena un derecho parcial sobre un bien gravado, o arrienda o concede una licencia sobre un bien gravado sin recurrir a un tribunal ni a ninguna otra autoridad, la persona que adquiera el derecho parcial, el arriendo o la licencia actuando de buena fe conforme a la enajenación, al arriendo o a la licencia i) adquirirá el derecho del otorgante sobre el bien con el alcance de la enajenación, del arriendo o de la licencia, a reserva de los derechos que tuvieran prelación sobre la garantía real del acreedor garantizado ejecutante pero ii) adquirirá el bien libre de los derechos del acreedor garantizado ejecutante y de los derechos de un acreedor concurrente que tenga un grado de prelación inferior al del acreedor garantizado ejecutante.

Titularidad u otros derechos adquiridos mediante distribución judicial

123. En el régimen debería preverse que, si un acreedor garantizado enajena un bien gravado mediante un procedimiento judicial u otro procedimiento oficial, la titularidad u otro derecho adquirido por el cesionario deberá determinarse conforme a las normas generales del Estado que regule los procedimientos de ejecución.

Concurrencia de regímenes de ejecución relacionadas con bienes muebles y bienes inmuebles

124. El régimen debería prever lo siguiente:

a) Toda garantía real sobre bienes incorporados a bienes inmuebles podrá ejecutarse con arreglo al presente régimen o de conformidad con el régimen que regule la ejecución de gravámenes sobre bienes inmuebles; y

b) Si una obligación frente a un acreedor garantizado está respaldada tanto por una garantía real sobre un bien gravado del otorgante como por un gravamen sobre un bien inmueble del otorgante, el acreedor garantizado podrá ejecutar i) tanto la garantía real como el gravamen invocando el régimen que regule la ejecución de gravámenes sobre bienes inmuebles, o ii) la garantía real en virtud del presente régimen y el gravamen, conforme a la ley que rija la ejecución de gravámenes sobre bienes inmuebles.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: en el comentario se explicará que el régimen debería coordinarse con el derecho general de procedimiento civil a fin de que los acreedores garantizados puedan intervenir en los procesos judiciales entablados por otros acreedores del otorgante para proteger así las garantías reales y asegurar que en el régimen se mantenga el mismo orden de prelación entre dichas garantías reales*.]

A/CN.9/611/Add.3

Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

ADICIÓN

1. En su actual período de sesiones, se espera que la Comisión examine y apruebe en principio el contenido (es decir, el fondo, más que el enunciado) de las recomendaciones del proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas (en adelante, "el proyecto de guía").

2. Las recomendaciones y los comentarios correspondientes están recogidos en diversos documentos. A fin de ayudar a la Comisión a encontrar el documento en el que se analiza cada capítulo, la Secretaría ha incluido, en un anexo a la presente nota, una lista de los capítulos del proyecto de guía en la que se indica el documento en que figuran las recomendaciones y el comentario relativos a cada capítulo.

Anexo

I. Recomendaciones**

Capítulo I. Objetivos clave	A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7
Capítulo II. Ámbito de aplicación	A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7
Capítulo III. Enfoques básicos de las garantías	A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7
Capítulo IV. Constitución de la garantía real (validez entre las partes)	A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7
Capítulo V. Eficacia de la garantía real frente a terceros y el sistema de la inscripción registral	A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.5
Capítulo VI. Prelación de la garantía real sobre los derechos de demandantes concurrentes	A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.6
Capítulo VII. Derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento	A/CN.9/611/Add.2
Capítulo VIII. Incumplimiento y vía ejecutoria	A/CN.9/611/Add.2
Capítulo IX. Insolvencia	A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.3
Capítulo X. Mecanismos de financiación de adquisiciones	A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5
Capítulo XI. Conflicto de leyes	A/CN.9/WG.VI/WP.24
Capítulo XII. Cuestiones de transición	A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.8
Garantías reales sobre el producto, los accesorios fijos y las masas de bienes y productos	A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4
Garantías reales sobre los créditos por cobrar	A/CN.9/611
Garantías reales sobre el pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria	A/CN.9/611/Add.1
Garantías reales sobre el producto en virtud de una promesa independiente	A/CN.9/611/Add.1
Garantías reales sobre títulos negociables	A/CN.9/611/Add.1
Garantías reales sobre documentos negociables	A/CN.9/611/Add.1

** Es posible que la numeración de los capítulos no corresponda a la de los documentos arriba citados, debido a que en distintos momentos algunos capítulos se fusionaron o se trasladaron a otras partes del proyecto de guía. No obstante, los títulos de los capítulos siguen siendo esencialmente los mismos.

II. Comentarios***

Antecedentes	A/CN.9/WG.VI/WP.27
Capítulo I. Introducción	A/CN.9/WG.VI/WP.27/Add.1
Capítulo II. Objetivos clave	A/CN.9/WG.VI/WP.27/Add.1
Capítulo III. Prácticas básicas en materia de garantías reales	A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1
Capítulo IV. Constitución de garantías reales	A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.2
Capítulo V. Validez frente a terceros	A/CN.9/WG.VI/WP.14
Capítulo VI. Prelación	A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.1
Capítulo VII. Derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento	A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.4
Capítulo VIII. Incumplimiento y vía ejecutoria	A/CN.9/WG.VI/WP.27/Add.2
Capítulo IX. Insolvencia	A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6
Capítulo X. Mecanismos de financiación de adquisiciones	A/CN.9/WG.VI/WP.17 y Add.1
Capítulo XI. Conflicto de leyes	A/CN.9/WG.VI/WP.19
Capítulo XII. Cuestiones de transición	A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.8
Garantías reales sobre el producto, los accesorios fijos y las masas de bienes y productos	Comentarios en los capítulos pertinentes
Garantías reales sobre los créditos por cobrar	Aún no publicado
Garantías reales sobre los derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria	A/CN.9/WG.VI/WP.18 y Add.1
Garantías reales sobre el producto en virtud de una promesa independiente	Aún no publicado
Garantías reales sobre títulos negociables	Aún no publicado
Garantías reales sobre documentos negociables	Aún no publicado

*** A excepción de los comentarios de los documentos A/CN.9/WG.VI/WP.27 y Add.1 y Add.2, que ya se han actualizado, es preciso actualizar los comentarios.

II. ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL

A. Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación acerca de la labor realizada en su 43º período de sesiones (Viena, 3 a 7 de octubre de 2005)

(A/CN.9/589) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1-9
II.	Deliberaciones y decisiones	10
III.	Proyecto de artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional relativo a la facultad de un tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares	11-75
	Observaciones generales	11-12
	Párrafo 1)	13-17
	Párrafo 2)	18-31
	Apartado a)	19
	Apartado b)	20-26
	Apartado c)	27
	Apartado d)	28-31
	Párrafo 3)	32-42
	Apartado a)	36-38
	Apartado b)	39-42
	Párrafo 4)	43
	Párrafo 5)	44
	Párrafo 6)	45-46
	Párrafo 6 *bis*)	47-48
	Párrafo 7)	49-75
	Debate general	49-55
	Apartado a)	56-57
	Apartado b)	58
	Apartado c)	59
	Apartado d)	60
	Apartado e)	61-67

	Apartado f)	68
	Apartado g)	69-70
	Apartado h)	71-75
IV.	Proyecto de disposición sobre el reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares (para insertar provisionalmente como nuevo artículo 17 *bis* en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional)	76-97
	Párrafo 1)	76-79
	Párrafo 2)	80-87
	Apartado a)	80-85
	Apartado b)	86-87
	Párrafo 3)	88
	Párrafo 4)	89
	Párrafo 5)	90-91
	Párrafo 6)	92-96
	Nota de pie de página correspondiente al artículo 17 *bis*	97
V.	Proyecto de disposición sobre las medidas cautelares dictadas por un tribunal en apoyo del arbitraje (para insertar provisionalmente como nuevo artículo 17 *ter* en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional)	98-103
VI.	Posibles opciones sobre la forma en que cabría presentar, en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, las disposiciones actuales y las revisadas	104-106
VII.	Informe del grupo de redacción	107
VIII.	Preparación de una disposición legal modelo sobre la forma escrita para el acuerdo de arbitraje	108-112
Anexo	Informe del Grupo de Redacción	

I. Introducción

1. En su 32º período de sesiones (Viena, 17 de mayo a 4 de junio de 1999), la Comisión consideró que había llegado el momento de evaluar, en el foro universal que ella constituía, si eran aceptables las ideas y propuestas formuladas para perfeccionar el régimen legal y los reglamentos y prácticas del arbitraje. Encomendó esa labor al Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) y decidió que entre las cuestiones prioritarias que éste habría de examinar figurase la de la ejecutoriedad de las medidas cautelares y el requisito de que el acuerdo de arbitraje figurase por escrito.

2. En los párrafos 5 a 24 del documento A/CN.9/WG.II/WP.135 figura el resumen más reciente de las deliberaciones mantenidas por el Grupo de Trabajo sobre las medidas cautelares y el requisito de que el acuerdo de arbitraje se presente en forma escrita. Se pidió a la Secretaría que preparase versiones revisadas del proyecto de artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional ("la Ley Modelo sobre Arbitraje"), relativo a la facultad de un tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares, de un nuevo artículo para la Ley Modelo sobre Arbitraje concerniente a la ejecución de las medidas cautelares (numerado provisionalmente artículo 17 *bis*), de un nuevo artículo de la Ley Modelo relativo a las medidas cautelares dictadas por un tribunal judicial (numerado provisionalmente artículo 17 *ter*) y del proyecto de artículo 7 de la Ley Modelo sobre Arbitraje, relativo a la definición y la forma del acuerdo de arbitraje, para que el Grupo de Trabajo las examinara en su 43º período de sesiones.

3. El Grupo de Trabajo, integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 43º período de sesiones en Viena del 3 al 7 de octubre de 2005. Asistieron a él representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argelia, Argentina, Australia, Austria, Belarús, Bélgica, Camerún, Canadá, China, Croacia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, Guatemala, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Lituania, México, Nigeria, Polonia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, República de Corea, Singapur, Suecia, Suiza, Tailandia, Túnez, Turquía y Venezuela (República Bolivariana de).

4. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Emiratos Árabes Unidos, Eslovaquia, Filipinas, Finlandia, Indonesia, Iraq, Irlanda, Letonia, Malasia, Nueva Zelandia, Países Bajos, Rumania y Viet Nam.

5. Asistieron también observadores de las siguientes organizaciones intergubernamentales internacionales invitadas por la Comisión: Comité consultivo sobre el artículo 2022 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y Corte Permanente de Arbitraje.

6. Estuvieron presentes, además, observadores de las siguientes organizaciones no gubernamentales internacionales invitadas por la Comisión: *Asia Pacific Regional Arbitration Group* (APRAG), Asociación de Arbitraje de los Estados Unidos, Asociación Europea de Estudiantes de Derecho, *Association Suisse de l'Arbitrage* (ASA), Cámara de Comercio Internacional (CCI), Centro Internacional de Arbitraje de Viena, Centro Regional de Lagos de Arbitraje Comercial Internacional, *Chartered Institute of Arbitrators*, Club de Árbitros de la Cámara de Arbitraje de Milán, Consejo de la Abogacía Europea, Consejo Internacional para el Arbitraje

Comercial, Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), *Forum for International Commercial Arbitration* (FICA) y *Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration* (KLRCA).

7. El Grupo de Trabajo eligió a los siguientes integrantes de la Mesa:

Presidente: Sr. José María ABASCAL ZAMORA (México);

Relatora: Sra. Izabela WERESNIAK (Polonia).

8. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí los siguientes documentos: a) el programa provisional (A/CN.9/WG.II/WP.135); b) una nota de la Secretaría en la que figuraba un nuevo texto revisado del párrafo 2) del proyecto de artículo 7 de la Ley Modelo sobre Arbitraje, preparado por la Secretaría en cumplimiento de las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo en su 36º período de sesiones (A/CN.9/WG.II/WP.136); c) una nota de la Secretaría en la que figuraba la propuesta de una delegación sobre una revisión del párrafo 2) del artículo 7 de la Ley Modelo sobre Arbitraje (A/CN.9/WG.II/WP.137); d) una nota de la Secretaría en la que figuraba el texto recién revisado de proyectos de disposición sobre las medidas cautelares, con arreglo a las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo en sus períodos de sesiones 40º, 41º y 43º (A/CN.9/WG.II/WP.138); y e) el informe del Grupo de Trabajo sobre la labor de su 42º período de sesiones (A/CN.9/573).

9. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Apertura del período de sesiones.
2. Elección de la Mesa.
3. Aprobación del programa.
4. Preparación de disposiciones uniformes sobre las medidas cautelares y sobre el requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje.
5. Otros asuntos.
6. Aprobación del informe.

II. Deliberaciones y decisiones

10. El Grupo de Trabajo examinó el tema 4 del programa basándose en el texto que figuraba en las notas preparadas por la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.136, A/CN.9/WG.II/WP.137 y A/CN.9/WG.II/WP.138). Sus deliberaciones y conclusiones al respecto se recogen en los capítulos III a VIII. Se pidió a la Secretaría que preparara un proyecto revisado de disposiciones sobre las medidas cautelares y el requisito de que el acuerdo de arbitraje figure por escrito basándose en las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo.

III. Proyecto de artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional relativo a la facultad de un tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares

Observaciones generales

11. El Grupo de Trabajo tomó nota de que la Comisión, en su 38º período de sesiones (Viena, 4 a 15 de julio de 2005), había expresado su esperanza de que el Grupo de Trabajo pudiera presentar sus propuestas para la revisión tanto del artículo 7 como del artículo 17 de la Ley Modelo sobre Arbitraje para que la Comisión pudiera proceder a su examen final y a su aprobación en su 39º período de sesiones, en 2006 (A/60/17, párrs. 175 a 177).

12. El Grupo de Trabajo recordó que, en su 40º período de sesiones (Nueva York, 23 a 27 de febrero de 2004), había emprendido un análisis detallado del texto de la versión revisada del artículo 17 (en adelante, "el proyecto de artículo 17") relativo a la facultad de un tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares. El Grupo de Trabajo reanudó sus deliberaciones sobre el proyecto de artículo 17 basándose en el texto preparado por la Secretaría que reflejaba las deliberaciones del Grupo de Trabajo y que se recogía en el documento A/CN.9/WG.II/WP.138.

Párrafo 1)

13. Se formuló la propuesta de agregar, al final del párrafo 1), las palabras "o modificarlas", y de suprimir el párrafo 6). En defensa de las palabras "o modificarlas" se argumentó que tenían la finalidad de ampliar el alcance del párrafo 1) a fin de que regulara el supuesto previsto en el párrafo 6) en virtud del cual una parte podía pedir al tribunal arbitral que modificara, suspendiera o levantara una medida cautelar. En cuanto al otro supuesto previsto en el párrafo 6), a saber, la facultad de un tribunal arbitral para modificar, suspender o levantar una medida cautelar por iniciativa propia, se sostuvo que esa facultad era inherente al proceso arbitral y que, por tanto, esa parte del párrafo 6) era innecesaria.

14. Si bien algunas delegaciones apoyaron esa propuesta, se señaló que los párrafos 1) y 6) regulaban la facultad de un tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares a instancia de las partes en diferentes etapas del proceso arbitral y que, por lo tanto, ambos párrafos debían mantenerse en el texto.

15. Se señaló que la referencia a la modificación, a la suspensión o al levantamiento de una medida cautelar por un tribunal arbitral a iniciativa propia, como preveía el párrafo 6), era necesaria para regular el supuesto de que los afectados no intervinieran en el proceso.

16. En el contexto de ese debate, se afirmó también que los verbos "suspender" o "levantar" no quedarían necesariamente englobados por el sentido del verbo "modificar".

17. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en adoptar el párrafo 1) sin modificaciones. Se acordó asimismo que sería preciso examinar más a fondo las cuestiones que se habían planteado en relación con el párrafo 6) (véanse los párrafos 45 y 46 *infra*).

Párrafo 2)

Encabezamiento

18. El Grupo de Trabajo adoptó sin cambios el encabezamiento del párrafo 2).

Apartado a)

19. El Grupo de Trabajo adoptó sin cambios el apartado a).

Apartado b)

"[o el menoscabo del propio procedimiento arbitral]"

20. El Grupo de Trabajo consideró que las palabras que figuraban al final del apartado b) ("o el menoscabo del propio procedimiento arbitral") debían mantenerse en el texto, a fin de dejar claro que un tribunal arbitral estaba facultado para impedir la obstrucción o la demora del proceso arbitral, inclusive dictando autos contra la incoación de otros procedimientos.

21. El Grupo de Trabajo recordó sus anteriores deliberaciones sobre la cuestión de si había que interpretar el párrafo 2) del proyecto de artículo 17 en el sentido de que facultaba también al tribunal arbitral para dictar un auto contra otros procedimientos (es decir, para otorgar una medida cautelar en virtud de la cual el tribunal arbitral ordenara a una parte a no entablar procedimientos judiciales ni otros procedimientos arbitrales) (A/CN.9/547, párrs. 84 a 92). No obstante, se estimó que no convendría entender que el texto entre corchetes se refería únicamente a los autos contra este tipo de acciones sino más bien a la amplia gama de autos que existían y que se utilizaban en la práctica para obstruir el proceso arbitral.

22. Se expresaron reservas contra la posibilidad de que el proyecto de artículo 17 autorizara directa o indirectamente la emisión de autos en contra de acciones judiciales u otras actuaciones arbitrales, dado que este tipo de autos eran prácticamente desconocidos en muchos ordenamientos jurídicos y que no había uniformidad en la práctica sobre este punto. Se consideró asimismo que esos autos en contra de actuaciones judiciales o de otras actuaciones arbitrales no siempre tenían el carácter preventivo de las medidas cautelares y se referían a la cuestión de la competencia del tribunal arbitral, una cuestión que no debía confundirse con el otorgamiento de una medida cautelar.

23. No obstante, se argumentó en favor de regular los autos contra actuaciones judiciales u otras actuaciones arbitrales en el proyecto de artículo 17, afirmándose que esos autos eran cada vez más habituales y que cumplían una importante función en el comercio internacional. Se sostuvo que, a pesar de que en una serie de países la ley no reconocía tales autos, existían pruebas de que los tribunales arbitrales que se constituían en esos países tenían que afrontar cada vez más a menudo tácticas encaminadas a obstruir o a socavar el proceso arbitral. Se señaló asimismo que era legítimo que los tribunales arbitrales trataran de proteger sus propios procesos.

24. Se afirmó que, en anteriores períodos de sesiones, el Grupo de Trabajo había expresado su preferencia por la inclusión en el proyecto de artículo 17 de la facultad para dictar autos de esa índole. Se estimó que, aun cuando en el apartado b) del párrafo 2) no se hacía una referencia expresa a la facultad para dictar esos autos,

habría, sin embargo, un apoyo implícito de la existencia de tal facultad. A este respecto, se indicó que algunos tribunales judiciales habían considerado que la facultad de los tribunales arbitrales para dictar esos autos y otras medidas de obstrucción del proceso arbitral constituía un rasgo inherente a las competencias de todo tribunal arbitral. Se indicó que el apartado a) del párrafo 2) del proyecto de artículo 17 estaba redactado en términos flexibles, abiertos y, probablemente, lo suficientemente amplios para dar cabida a dichos autos, pero que, en aras de la claridad, sería preferible incluir en el texto las palabras propuestas.

25. Se afirmó que esa interpretación se había visto reforzada por el hecho de que en un anterior período de sesiones se había suprimido del proyecto de artículo 17 el requisito de que la medida cautelar estuviera relacionada con el motivo de la controversia (requisito que figuraba en la versión original del artículo 17 de la Ley Modelo sobre Arbitraje). Se señaló que el requisito en virtud del cual las medidas cautelares debían estar relacionadas con el motivo de la controversia estaba enunciado asimismo en el artículo 26 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y que en algunos ordenamientos jurídicos ese requisito se había interpretado en el sentido de que limitaba la posibilidad de dictar el mencionado tipo de autos.

26. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en mantener el texto que figuraba entre corchetes al final del apartado b) del párrafo 2), pero suprimiendo los corchetes, de modo que el texto de la disposición fuera el siguiente: "Adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente, o el menoscabo del propio procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente lo ocasionarían".

Apartado c)

27. El Grupo de Trabajo adoptó sin cambios el contenido del apartado c).

Apartado d)

28. Se propuso que se suprimiera el apartado d) por considerar que la referencia a pruebas "que pudieran ser de interés o de importancia" estaba enunciada de manera demasiado amplia y podía dar pie a una ingente cantidad de argumentos jurídicos en que se sostuviera que una prueba era de interés pero no de importancia, o viceversa. Asimismo, se indicó que la cuestión de las pruebas ya estaba regulada por el párrafo 2) del artículo 19 de la Ley Modelo sobre Arbitraje, la cual disponía que la facultad conferida al tribunal arbitral incluía la competencia de determinar la admisibilidad, la pertinencia, y el valor de las pruebas. Se sostuvo que no debería pedirse al tribunal arbitral que prejuzgara el interés y la importancia de una prueba a la hora de decidir si otorga o no una medida cautelar.

29. Sin embargo, el Grupo de Trabajo observó que la expresión "de interés y de importancia" ya figuraba en el Reglamento de la Asociación Internacional de Abogados (IBA) sobre la práctica de la prueba en el arbitraje comercial internacional (aprobado mediante resolución del Consejo de la IBA en junio de 1999), que había sido fruto de un intenso debate. Se señaló que la expresión había adquirido un significado tal que "de interés" requería que la prueba estuviera vinculada a la controversia y la expresión "de importancia" se equiparaba a la pertinencia de la prueba. Frente a toda esta argumentación y en apoyo de que se

mantuviera la expresión en el texto, se sostuvo que esas palabras eran comúnmente utilizadas y entendidas en el arbitraje internacional.

30. Se opinó que el apartado d) no mermaba en modo alguno la facultad conferida al tribunal arbitral por el párrafo 2) del artículo 19 de la Ley Modelo sobre Arbitraje, sino que trataba de cuestiones distintas. Mientras que el párrafo 2) del artículo 19 regulaba la facultad de un tribunal arbitral para evaluar la admisibilidad y el valor de una prueba, el párrafo d) abordaba el derecho de un tribunal arbitral a ordenar, en una etapa preliminar, la preservación de una prueba.

31. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en mantener sin cambios el texto del apartado d).

Párrafo 3)

Parte introductoria - Interacción con el apartado d) del párrafo 2)

32. Se formuló la propuesta de que los requisitos generales enunciados en el párrafo 3) no fueran aplicables a todos los tipos de medidas cautelares descritos en el párrafo 2). Por ejemplo, se dijo que no sería apropiado en todas las circunstancias que una parte que solicitara una medida cautelar para que se preservaran pruebas en virtud del apartado d) tuviera necesariamente que demostrar el daño excepcional que sufriría, de no ser otorgada la medida cautelar, o que tampoco sería apropiado pedir a la parte requirente que de otro modo cumpliera los criterios muy exigentes establecidos en el párrafo 3) (A/CN.9/547, párr. 91). Por esta razón, se propuso que, al comienzo del apartado 3), se introdujeran las siguientes palabras: "Salvo en lo que respecta a la medida mencionada en el apartado d) del párrafo 2),". Esa propuesta obtuvo apoyo debido a que la preservación de una prueba no debería estar sujeta a los criterios enunciados en el párrafo 3). Se propuso otra frase introductoria del párrafo 3) en forma afirmativa, que decía lo siguiente: "La parte requirente de la medida cautelar solicitada en virtud de los apartados a), b) y c) del párrafo 2) deberá aportar al tribunal arbitral pruebas convincentes de que:". El Grupo de Trabajo dio el visto bueno al contenido de esta propuesta.

33. Se sugirió que en una nota explicativa que acompañara al artículo 17 se indicara que el hecho de que el tipo de medida enunciada en el apartado d) no estuviera sujeta al párrafo 3) no significaba que el tribunal arbitral no examinaría ni sopesaría las consecuencias de una medida cautelar al determinar si era o no apropiado otorgarla.

34. El tribunal arbitral que tuviera que pronunciarse sobre la concesión de una medida cautelar con el fin de preservar pruebas sopesaría probablemente el daño que sufriría la parte requirente si no se otorgaba la medida cautelar, así como el daño que sufriría la parte contraria en caso de ser otorgada la medida. Según la opinión general de las delegaciones, esa cuestión debería regularse en el texto mismo del artículo 17, y no en una nota explicativa que acompañara a dicho artículo. Por consiguiente, se propuso agregar, después del párrafo 3), un nuevo párrafo del siguiente tenor: "Por lo que respecta a las solicitudes de medidas cautelares otorgables en virtud del apartado d) del párrafo 2), los requisitos enunciados en los apartados a) y b) del párrafo 3) solo serán aplicables en la medida en que el tribunal arbitral lo considere apropiado". El Grupo de Trabajo hizo suyo el contenido de esta propuesta.

35. Se argumentó que el otorgamiento de medidas cautelares para preservar pruebas podría tener un efecto negativo, y los requisitos enunciados en el apartado b) del párrafo 3) deberían ser, no obstante, aplicables al otorgamiento de una medida cautelar a efectos de la preservación de una prueba. Otra variante que se propuso introducir, no en la introducción del párrafo sino en el apartado a) del párrafo 3), era la siguiente: "Salvo en lo que respecta a la medida enunciada en el apartado d) del párrafo 2,".

Apartado a)

36. El Grupo de Trabajo recordó que, en su 40º período de sesiones, algunas delegaciones habían expresado el temor de que el apartado a) se interpretara de forma muy limitada, quedando excluida la concesión de medidas cautelares por pérdidas que pudieran resarcirse mediante un mandato de indemnización.

37. El Grupo de Trabajo convino en mantener en el apartado la palabra "adecuadamente" y en aclarar, en una nota explicativa que acompañara al párrafo 3), que dicho párrafo debía interpretarse de manera flexible teniendo en cuenta, por una parte, el daño que sufriría la parte requirente si no se otorgaba la medida cautelar y, por otra, el que sufriría la parte contraria en caso de ser otorgada la medida.

38. Teniendo en cuenta todas estas opiniones, el Grupo de Trabajo convino en mantener sin cambios el contenido del apartado a).

Apartado b)

39. Se expresó el temor de que el apartado b) no representara una salvaguardia suficiente contra el riesgo o la impresión de que un tribunal arbitral podría prejuzgar el fondo de la controversia a la hora de otorgar una medida cautelar. A fin de paliar el problema, se formularon diversas propuestas.

40. Una de las propuestas consistía en que se suprimieran las palabras "siempre y cuando" y de que se separara el texto "litigio" y "cuando" con un punto y seguido, formando así dos frases. Otra de las propuestas consistió en que se sustituyeran las palabras "siempre y cuando" por "pero", a fin de dejar en claro que toda determinación sobre el posible éxito de la demanda de la parte requirente sobre el fondo no debería considerarse un requisito para el otorgamiento de una medida cautelar sino más bien una conclusión respecto de la misma. Estas propuestas no recibieron un apoyo muy amplio.

41. Según una tercera propuesta, habría que aclarar que las palabras "la determinación final subsiguiente" consistían en una determinación sobre el fondo del litigio, por lo cual se sugirió que se sustituyeran las palabras "la determinación final subsiguiente" por palabras del siguiente tenor: "la determinación sobre el fondo del litigio".

42. Sin embargo, se señaló que las palabras "la determinación final subsiguiente" no solo se referían a un laudo sobre el fondo del litigio sino también a una orden de carácter procesal. Tras deliberar, se convino en mantener el apartado b) tal como figuraba redactado.

Párrafo 4)

43. Se adoptó sin cambios el contenido del párrafo 4).

Párrafo 5)

44. Se formuló la propuesta de insertar, al principio del párrafo, las siguientes palabras: "Si lo ordena el tribunal arbitral", debido a que, como las reglas sobre el deber de divulgación difieren entre los países con sistemas de derecho civil romanístico y los países con sistemas de *common law*, no sería prudente establecer una regla general sobre esta cuestión. Esta propuesta no obtuvo apoyo y el Grupo de Trabajo adoptó sin cambios el contenido del párrafo 5).

Párrafo 6)

45. Habida cuenta de su anterior debate sobre el párrafo 1) (véanse los párrafos 13 a 17 *supra*), el Grupo de Trabajo convino en que los términos "suspensión" o "levantamiento", aunque tal vez quedaran englobados por el término "modificación", eran formas especiales de modificación y, por consiguiente, debían seguir figurando expresamente en el texto.

46. En aras de la claridad, se propuso que se reestructurara el párrafo 6) del modo siguiente: "El tribunal arbitral podrá, en todo momento, modificar, suspender o levantar toda medida cautelar que haya otorgado: a) a instancia de una de las partes; o b) en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación de las partes". El Grupo de Trabajo adoptó esa propuesta.

Párrafo 6 *bis*)

47. Se sostuvo que, en la forma en que estaba redactado, el texto no parecía prever responsabilidad en el supuesto de que los requisitos para el otorgamiento de la medida cautelar se hubieran cumplido pero la medida resultara, al final, estar injustificada. Se propuso que se sustituyeran las palabras "no debería haberse otorgado la medida" por las palabras "la medida estaba injustificada". Esta propuesta fue objeto de críticas por considerarse que podía dar pie a un debate sobre si el tribunal había otorgado o no la medida cautelar de forma justificada, con la posibilidad añadida de imponer responsabilidad al propio tribunal arbitral. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo no adoptó la propuesta.

48. También se propuso que se sustituyeran las palabras "exigir ... el pago de", en la segunda frase del párrafo 6 *bis*, por las palabras "conceder ... el pago de", de modo que quedara claro que la acción no era una orden sino un laudo y que la frase dijera "El tribunal arbitral podrá conceder en cualquier momento de las actuaciones el pago de costas o de una indemnización". Se sostuvo que, a fin de permitir que se impugne una decisión de un tribunal arbitral relativa a daños y perjuicios, debería quedar claro que tal decisión debería dictarse en forma de laudo. Esta propuesta fue adoptada.

Párrafo 7)

Debate general

49. El Grupo de Trabajo recordó que, en sus períodos de sesiones 41º (Viena, 13 a 17 de septiembre de 2004) y 42º (Nueva York, 10 a 14 de enero de 2005), realizó un examen detallado del texto del párrafo 7) del proyecto de artículo 17 relativo a la facultad de un tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares a instancia de parte. El Grupo de Trabajo recordó asimismo que, a pesar de las amplias divergencias entre los pareceres de las delegaciones, había llegado a un acuerdo de transacción sobre un texto del párrafo 7) (en adelante, "la transacción") sobre la base de los principios de que: ese párrafo sería aplicable a menos que las partes convinieran otra cosa; debería dejarse claro que las órdenes preliminares revestían el carácter de autos procesales y no de laudos; en el artículo 17 *bis* no se prevería ningún procedimiento de ejecución para las órdenes preliminares; y no se agregaría al párrafo ninguna nota de pie de página (A/CN.9/573, párr. 27). Ese acuerdo de transacción se recogía en el párrafo 5 de la nota de la Secretaría con la signatura A/CN.9/WG.II/WP.138 (en adelante denominado "el texto de transacción").

50. El Grupo de Trabajo observó que la Comisión, en su 38º período de sesiones, había señalado que la cuestión de las medidas cautelares a instancia de parte (*ex parte*) seguía siendo una cuestión controvertida. Mientras que algunas delegaciones habían expresado la esperanza de que el texto de transacción concertado fuera el definitivo, otras habían manifestado dudas acerca del valor de esa transacción, en particular habida cuenta del hecho de que en ella no se regulaba la ejecución de las órdenes preliminares (A/60/17, párr. 175).

51. Reiterando una propuesta que se había formulado en aquel período de sesiones, una delegación sugirió que el párrafo 7) fuera redactado de nuevo dándole el carácter de disposición optativa a la que pudieran o no adherirse las partes, y que únicamente fuera aplicable cuando las partes acordaran expresamente su aplicación (A/60/17, párr. 175). Otra de las propuestas consistía en que la disposición relativa a las órdenes preliminares, incluido cualquier aspecto del régimen de ejecución aplicable a tales órdenes, pasara a formar un artículo disociado del proyecto de artículo 17. Se argumentó que esa propuesta facilitaría también la adopción del proyecto de artículo 17 por los Estados que no desearan adoptar disposiciones relativas a las órdenes preliminares (A/60/17, párr. 176). Además de las propuestas hechas ante la Comisión, se sugirió que el párrafo 7) fuera optativo para los Estados y que, por ejemplo, previera un mecanismo de adhesión basado en el del artículo X que se adjuntó como apéndice del artículo 4 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación (A/CN.9/WG.II/WP.138, párr. 68).

52. Varias delegaciones instaron al Grupo de Trabajo a que reconsiderara si aún era apropiado retener el texto de transacción. Se sostuvo que subsistían fuertes y persistentes discrepancias entre las delegaciones sobre la posibilidad de que las medidas cautelares se otorgaran *ex parte,* y que el Grupo de Trabajo debería procurar no crear controversias en la Comisión sobre este tema, pues ello podría perjudicar la reputación de la Ley Modelo sobre Arbitraje y la de la CNUDMI. Se consideró asimismo que el texto de transacción podría crear incoherencias o confusión en los países que hubieran adoptado o que desearan adoptar la Ley

Modelo sobre Arbitraje. También se informó que órganos de importancia clave y especializados en arbitraje habían expresado reservas sobre el texto de transacción.

53. Las propuestas con las que se pretendía que se reexaminara el texto de transacción o que se reabriera el debate sobre el mismo suscitaron una fuerte oposición entre la gran mayoría de delegaciones que tomaron la palabra. Se recordó que el texto de transacción era fruto de largas deliberaciones, así como de notables esfuerzos por parte de las delegaciones que se oponían a las medidas *ex parte* y de las que eran partidarias de ellas. Se observó que el texto de transacción representaba un enfoque innovador y que preveía salvaguardias cuidadosamente redactadas que limitaban la posibilidad de otorgar medidas en virtud del párrafo 7) y la duración de las mismas y que esas medidas se caracterizaban como órdenes preliminares y no como medidas cautelares otorgadas a instancia de parte. Se señaló que las dudas y las reservas expresadas en la Comisión, así como las propuestas formuladas en su último período de sesiones, reproducían el debate que ya había tenido lugar en el Grupo de Trabajo, pero que no planteaban ningún hecho nuevo ni daban motivos contundentes para que se reexaminara la transacción.

54. En respuesta a la sugerencia de que la disposición se redactara con carácter de disposición abierta a la adhesión de los Estados, se argumentó que sería innecesario, dado que, por su propia naturaleza, la Ley Modelo dejaba libres a los Estados para que adoptaran o no sus distintas disposiciones, y puesto que esa opción de adhesión ya se había examinado y rechazado al llegar a la transacción.

55. Tras un largo debate, el Grupo de Trabajo convino en que se retuviera el texto de transacción sin cambios. El Grupo de Trabajo convino también en que las cuestiones relativas al lugar de inserción del párrafo 7) y a la estructura general del proyecto de artículo 17 volverían a estudiarse en el contexto del debate sobre la forma en que las disposiciones revisadas (es decir, los proyectos de artículo 17, 17 *bis* y 17 *ter*) podrían presentarse en la Ley Modelo sobre el Arbitraje. Al determinar la estructura definitiva del proyecto de artículo 17 y el lugar de inserción del párrafo 7), se sugirió que el Grupo de Trabajo tuviera presente que las medidas cautelares y las órdenes preliminares representaban conceptos jurídicos diferentes y que, por consiguiente, sería aconsejable regular esos conceptos en artículos distintos. Por otra parte, algunas delegaciones sostuvieron que las disposiciones relativas a las órdenes preliminares no deberían separarse del resto del proyecto de artículo 17, pues podrían dar pie a que se sugiriera su supresión.

Apartado a)

56. A fin de atenerse al principio enunciado en el texto de transacción según el cual las órdenes preliminares solo podían emitirse como autos procesales, y no como laudos, una delegación propuso que en el apartado a) se aclarara expresamente que solo podían emitirse órdenes preliminares en forma de auto procesal. Se sugirió que, en el apartado a), se insertaran palabras como “en forma de auto procesal”. Se argumentó que con esta aclaración se distinguirían claramente las órdenes preliminares de las medidas cautelares, las cuales, en virtud del párrafo 2) del artículo 17, podían otorgarse en forma de laudo o también de otra forma.

57. Se recordó que el Grupo de Trabajo, en su 32º período de sesiones, ya había puesto de relieve que la distinción entre un auto procesal y una medida cautelar no era solamente una cuestión de forma sino también de fondo, dado que se estimó que

las decisiones de carácter procesal no eran ejecutables conforme a la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de los Laudos Arbitrales Extranjeros o al artículo 36 de la Ley Modelo sobre Arbitraje, y que resultaba difícil dirimir cuestiones procesales (A/CN.9/573, párr. 36). Además, se señaló que el significado del término "procesal" era a veces controvertido, por lo que debería evitarse su utilización. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en que, a fin de evitar toda incertidumbre acerca del alcance y de la naturaleza de los autos procesales, sería necesario que en el apartado a) se indicara que las órdenes preliminares no deberían emitirse en forma de laudo.

Apartado b)

58. El Grupo de Trabajo adoptó sin cambios el contenido del apartado b).

Apartado c)

59. El Grupo de Trabajo señaló que, tal como estaba redactado, el apartado c) repetía la idea de que la medida cautelar podría verse frustrada. A fin de paliar el problema, una delegación propuso enmendar el apartado c) para que dijera: "El tribunal arbitral podrá emitir una orden preliminar siempre que concluya que existe un riesgo justificado de que se frustre la finalidad de la orden preliminar solicitada si dicha orden se revela previamente a la parte contra la que vaya dirigida". Esta propuesta no obtuvo apoyo. Otra delegación propuso que se enmendara la redacción del apartado c) suprimiendo las palabras "siempre que concluya que existe un riesgo justificado de que se frustre la finalidad de la orden preliminar solicitada", con lo cual el enunciado del apartado c) sería el siguiente: "El tribunal arbitral podrá emitir una orden preliminar cuando su revelación previa a la parte contra la que vaya dirigida pueda frustrar la finalidad de la orden preliminar". Tras deliberar, el Grupo de Trabajo adoptó esta propuesta.

Apartado d)

60. El Grupo de Trabajo adoptó sin cambios el contenido del apartado d).

Apartado e)

"*al mismo tiempo*"

61. Una delegación propuso que se suprimieran las palabras "al mismo tiempo" por estimar que el enunciado del párrafo parecía redundante, habida cuenta de las palabras "en el plazo más breve que resulte factible", que figuraban al final de la primera frase del apartado e). Ante esta propuesta, se recordó al Grupo de Trabajo, que cuando examinó esa disposición en su 42º período de sesiones, se hizo una distinción entre la obligación del tribunal arbitral de adoptar una decisión sobre la orden preliminar a la mayor brevedad, según lo exigieran las circunstancias, y la obligación de la parte contra la que fuera dirigida la orden preliminar de exponer sus argumentos en el plazo más breve que resultara factible (A/CN.9/573, párr. 48). Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en mantener en el apartado las palabras "al mismo tiempo".

"*cualquiera de las partes*" - "*una orden preliminar*"

62. En aras de la coherencia con el apartado d), donde se decía "cualquiera de las partes", se propuso que, en la primera frase del apartado e), se sustituyera "la parte" por "cualquiera de las partes". Además, dado que el apartado d) preveía la posibilidad de que un tribunal arbitral tal vez no otorgara la orden preliminar, se propuso que, en la misma frase del apartado e), se sustituyera "la orden preliminar" por "una orden preliminar". El Grupo de Trabajo aprobó ambas propuestas.

"*El tribunal arbitral adoptará su decisión a la mayor brevedad, según lo exijan las circunstancias*"

63. Se observó que el apartado e), tal como estaba redactado, resultaba ambiguo, pues en la segunda frase no quedaba claro a qué determinación hacía referencia la frase "el tribunal arbitral adoptará su decisión a la mayor brevedad, según lo exijan las circunstancias". Un gran número de delegaciones estimó que esta cuestión debería aclararse. Se expresó la opinión de que la frase se refería a la decisión del tribunal de adoptar o de modificar la orden preliminar después de que la parte contra el que fuera dirigido hubiera sido informada y hubiera tenido la oportunidad de exponer sus argumentos, como dispone el apartado f). Conforme a esta opinión, se propuso o bien incluir en la segunda frase del apartado e) una referencia al apartado f), o bien fundir la segunda frase del apartado e) con la segunda frase del apartado f). Estas propuestas no recibieron apoyo.

64. Predominó la opinión de que las palabras "el tribunal arbitral adoptará su decisión a la mayor brevedad, según lo exijan las circunstancias" se referían a la decisión que había de adoptar el tribunal arbitral ante cualquier objeción que pudiera oponer la parte afectada por la orden preliminar. De acuerdo con esta opinión, se sugirió que se ampliara la segunda frase del apartado e) agregando al texto un nuevo apartado cuyo texto dijera: "El tribunal arbitral adoptará su decisión frente a toda objeción que suscite la orden preliminar a la mayor brevedad, según lo exijan las circunstancias".

65. Se señaló que cabría simplificar la redacción del nuevo apartado propuesto suprimiendo las palabras "a la mayor brevedad, según lo exijan las circunstancias", dado que, en cualquier caso, toda decisión sobre una orden preliminar debería adoptarse con celeridad, tal como lo demuestra el plazo de 20 días fijado en el actual apartado f) para la validez de una orden preliminar. El Grupo de Trabajo adoptó, como nuevo apartado, el siguiente texto: "El tribunal arbitral adoptará su decisión a la mayor brevedad sobre toda objeción que suscite la orden preliminar".

Arbitraje con múltiples partes

66. Se comentó que el párrafo 7) solo parecía prever supuestos en que en el procedimiento arbitral se dirimían litigios entre dos partes y que, por tanto, la disposición no daba cabida a los arbitrajes con múltiples partes. Por esta razón, se propuso que, por ejemplo, en el apartado a) de la versión inglesa se sustituyera "the other party" por "any other party". Del mismo modo, se observó que, en el apartado d), la información debía comunicarse únicamente a la parte contra la que se hubiera solicitado la orden preliminar. Se consideró que, en caso de procedimientos arbitrales con múltiples partes, todas las partes podrían estar interesadas en recibir esa información. Tampoco el apartado e) daba cabida a los

procedimientos arbitrales con múltiples partes, pues solo se daba a la parte afectada por la orden preliminar la oportunidad de exponer sus argumentos. Se opinó que, en la redacción de la Ley Modelo sobre Arbitraje aprobada en 1985, se había seguido la pauta de arbitrajes con dos partes, y, al parecer, se había dejado al arbitrio de los Estados promulgantes la cuestión de los arbitrajes con múltiples partes. Se consideró que las cuestiones que planteaban los procedimientos de arbitraje con múltiples partes tal vez habrían de resolverse de manera uniforme en todo el texto de la Ley Modelo sobre Arbitraje, y no solamente en las disposiciones relativas a las medidas cautelares.

67. Si bien el Grupo de Trabajo convino en que un tribunal arbitral no tenía jurisdicción para vincular a partes que no fueran partes en el acuerdo de arbitraje, señaló que esa cuestión revestía una particular importancia en el contexto del otorgamiento de medidas cautelares. Se puso de relieve que la situación había evolucionado, por ejemplo, en el caso de los arbitrajes sobre inversiones en que se habían tomado en consideración a los terceros que podían verse afectados por una decisión del tribunal arbitral. El Grupo de Trabajo convino en que esas cuestiones podrían ser tratadas por el Grupo de Trabajo en su futura labor.

Apartado f)

68. El Grupo de Trabajo adoptó sin cambios el contenido del apartado f).

Apartado g)

"*exigirá*" - "*podrá exigir*"

69. En respuesta a una pregunta en que se planteaba la cuestión de si las reglas enunciadas en el párrafo 4) y en el apartado g) del párrafo 7) daban lugar a resultados diferentes en la práctica, se explicó que había un matiz de énfasis que diferenciaba ambas disposiciones. Mientras que el apartado g) disponía que el tribunal arbitral "exigirá" una caución, en el párrafo 4) se decía que el tribunal arbitral "podrá exigir" una caución. Para explicar esta diferencia, se recordó que el Grupo de Trabajo, en anteriores deliberaciones, había llegado a la conclusión de que la prestación de una caución debería ser un requisito imperativo, pues constituía una importante salvaguardia, para que se otorgara una orden preliminar (A/CN.9/569, párr. 35). Se recordó asimismo que el Grupo de Trabajo había convenido en que se agregaran palabras en tono discrecional al apartado g), a saber, "a menos que dicho tribunal lo considere inapropiado o innecesario", a fin de prever el supuesto de que, en algunas circunstancias, tal vez no resultara factible exigir una caución para el otorgamiento de una orden preliminar (A/CN.9/569, párrs. 36 y 37). Si bien una gran mayoría de delegaciones reconocieron que en la práctica las dos reglas podían dar lugar a resultados muy similares, se convino en mantener ambas disposiciones en el texto del proyecto de artículo 17.

"toda otra parte interesada"

70. Se señaló que, mientras que en el párrafo 4) del proyecto de artículo 17 se decía que el tribunal arbitral podía exigir del demandante "o de toda otra parte interesada" que prestara una caución adecuada, en el apartado g) únicamente se hacía referencia a "la parte demandante". Se sugirió que, en el apartado g), después de las palabras "la parte demandante" se agregaran las palabras "o a toda otra parte

interesada", a fin de dar cabida a los supuestos en que sería apropiado exigir una caución a una parte que no fuera la parte requirente, por ejemplo, cuando la parte requirente no dispusiera de fondos, cuando fuera una empresa ficticia o cuando estuviera asegurada. Tras deliberar, esta propuesta fue retirada, pues se convino en que una decisión del tribunal arbitral solo podía obligar a la parte requirente, independientemente de si un tercero, como un banco o una compañía de seguros, aportara dicha caución en nombre de la parte requirente.

Apartado h)

Interacción entre el párrafo 5) y el apartado h)

71. Se expresó la opinión de que el párrafo 5) y el apartado h) preveían obligaciones que se solapaban y que, por esta razón, el apartado h) podía resultar redundante. Frente a este argumento se observó que el apartado h) establecía una amplia obligación de revelar todas las circunstancias que el tribunal arbitral pudiera considerar pertinentes a la hora de tomar su decisión, independientemente de que dichas circunstancias guardaran o no relación con la solicitud de la orden preliminar, en tanto que en el párrafo 5) se hacía únicamente referencia a todo cambio importante que pudiera producirse en las circunstancias que motivaron que se demandara la medida cautelar o que el tribunal arbitral la otorgara. Además, se señaló que, mientras que el párrafo 5), incorporada al apartado b), del párrafo 7) trataba de los cambios importantes que se produjeran después de haberse otorgado la media cautelar, el apartado h) preveía una obligación de revelación más amplia que era aplicable desde el momento de la solicitud de la orden preliminar hasta que la parte demandada hubiera expuesto sus argumentos. Dado que las dos disposiciones tenían una finalidad distinta y un diferente alcance, el Grupo de Trabajo convino en mantener el apartado h) en el texto, a fin de asegurar que la parte requirente estuviera obligada a revelar cabalmente la información hasta que la otra parte hubiera hecho valer sus argumentos (A/CN.9/569, párr. 68).

72. Se observó que no parecía haber claridad en la obligación de informar, puesto que se decía que en el apartado h) dicha obligación era únicamente aplicable hasta que la parte contra la que se hubiera solicitado la orden preliminar hubiera hecho valer sus argumentos, sin explicitarse a partir de cuándo regía la obligación. Asimismo, se argumentó que el apartado h) no preveía la situación en que la parte contra la que se hubiera solicitado la orden preliminar fuera una parte no participante.

73. A fin de paliar esos problemas, se propuso enmendar el apartado h) para que dijera lo siguiente: "Cualquier parte que solicite una orden preliminar deberá informar al tribunal arbitral de toda nueva circunstancia que éste pueda considerar pertinente para determinar si otorgará o no una orden preliminar, y esta obligación de informar al tribunal arbitral deberá cumplirse hasta que la parte contra la que se haya solicitado la orden preliminar haya tenido la oportunidad de exponer sus argumentos". Se observó que esta propuesta no pretendía introducir ningún cambio sustancial en la finalidad y el alcance del apartado h) del párrafo 7) ni en el párrafo 5), pero que simplemente se había concebido con el fin de determinar con precisión el momento a partir del cual la parte requirente estaba obligada a informar al tribunal arbitral y el momento en que dejaba de estarlo. Además, en la propuesta se tomaba en cuenta la realidad de que, en ciertas circunstancias, una parte podría optar por no exponer sus argumentos y, por ello, era más apropiado que el texto

dijera que se le daba la oportunidad de hacerlo. (También se propuso que, al final del apartado, después de la palabra "otorgará", se agregaran las palabras "o mantendrá".)

74. Se propuso que, a fin de paliar las incertidumbres planteadas por la interacción entre el párrafo 5) y el apartado h) del párrafo 7), se agregaran, al final del texto, las siguientes palabras: "Posteriormente, la parte solicitante tendrá la obligación de informar al tribunal arbitral respecto de la orden preliminar, del mismo modo que la parte demandante está obligada a informar a dicho tribunal respecto de una medida cautelar en virtud del párrafo 5)". Se explicó que en la propuesta se había utilizado la expresión "parte solicitante" en aras de la coherencia, habida cuenta de que en los proyectos de disposición se habla de "solicitud de una orden preliminar", mientras que el término empleado para una medida cautelar es "demanda". Se consideró que esta enmienda propuesta implicaba la supresión de la referencia al párrafo 5) en el apartado b) del párrafo 7).

75. Se aceptó el contenido de ambas propuestas. Por consiguiente, el texto del apartado h) quedará como sigue: "Toda parte interesada que solicite una orden preliminar deberá informar al tribunal arbitral de toda nueva circunstancia que éste puede considerar pertinente para determinar si otorgará o mantendrá o no una orden preliminar, y tal obligación deberá cumplirse hasta que la parte contra la que se haya solicitado la orden preliminar haya tenido la oportunidad de exponer sus argumentos. Posteriormente, la parte solicitante tendrá la obligación de informar al tribunal arbitral respecto de la orden preliminar, del mismo modo que la parte demandante está obligada a informar a dicho tribunal con respecto a una medida cautelar en virtud del párrafo 5)".

IV. Proyecto de disposición sobre el reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares (para insertar provisionalmente como nuevo artículo 17 *bis* en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional)

Párrafo 1)

76. Se propuso que, habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 36 1) a) v) de la Ley Modelo sobre Arbitraje, en el párrafo 1) debería indicarse que una medida cautelar otorgada por un tribunal arbitral solo es vinculante para las partes; por consiguiente, habría que insertar, después de la palabra "vinculante", las palabras "para las partes". No obstante, se replicó que el párrafo 1) del artículo 17 *bis* se había redactado de manera que fuera coherente con lo dispuesto en el párrafo 1) del artículo 35 de la Ley Modelo sobre Arbitraje, en el que no se hacía ninguna referencia a las partes. Por esta razón, el Grupo de Trabajo convino en no adoptar la propuesta. El Grupo de Trabajo adoptó sin cambios el contenido del párrafo 1).

Interacción entre el párrafo 1) y los artículos 35 y 36

77. Se formuló una propuesta con el fin de aclarar expresamente la relación entre el régimen de ejecución instituido por el artículo 17 *bis* y el establecido en los artículos 35 y 36 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje. Se expresaron opiniones divergentes sobre la cuestión de si el régimen de ejecución previsto en el

capítulo VIII de la Ley Modelo sobre el Arbitraje aún podría aplicarse en el contexto del reconocimiento y ejecución de una medida cautelar otorgada por un tribunal arbitral en forma de laudo.

78. Según una delegación, pese al hecho de que el artículo 17 *bis* se había concebido específicamente como régimen para el reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares, todo laudo por el que se otorgara una medida cautelar podía quedar sujeto, no obstante, a ejecución por los motivos enunciados en los artículos 35 y 36. Se señaló que la cuestión de si las medidas cautelares otorgadas en forma de laudo entraban o no en el ámbito de aplicación de la Convención de Nueva York, de 1958, sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (en adelante, "La Convención de Nueva York") había dado lugar a opiniones divergentes en distintos ordenamientos jurídicos. Según otra delegación, la forma en que se emitiera una medida cautelar no afectaba a su naturaleza y, independientemente de la forma, en lo que respecta al reconocimiento y a la ejecución, seguiría considerándose una medida cautelar sujeta al régimen del artículo 17 *bis*.

79. Se sostuvo que el reconocimiento y el régimen de ejecución de las medidas cautelares instituido en el artículo 17 *bis* eran autónomos, pero que podría ser necesario excluir expresamente la aplicación de los artículos 35 y 36 a fin de no confundir a los usuarios. Con objeto de resolver esa cuestión, se propuso que se agregaran, al final del párrafo 1), las siguientes palabras: "y quedando excluida la aplicación de los artículos 35 y 36". Se observó que, de ser adoptada esta propuesta, la disposición enunciada en el párrafo 2) del artículo 35 debería figurar expresamente en el artículo 17 *bis*. Varias delegaciones apoyaron esta propuesta por considerar que contribuía a dejar claro que el artículo 17 *bis* se aplicaba a las medidas cautelares y, al mismo tiempo, excluía la aplicación del capítulo VIII. No obstante, se argumentó que los artículos 35 y 36 regulaban el reconocimiento y la ejecución de laudos, mientras que el artículo 17 *bis* reglamentaba expresamente el reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares, por lo que, de añadirse al texto las palabras propuestas, podrían surgir mayores ambigüedades. El Grupo de Trabajo convino en no adoptar la propuesta, pero tomó nota de que la cuestión que planteaba tal vez tendría que reexaminarse ulteriormente.

Párrafo 2)

Apartado a)

Parte introductoria

80. En aras de la coherencia con el párrafo 1) del artículo 36, se propuso que se sustituyera la parte introductoria del párrafo 2) por las siguientes palabras: "Solo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar:". El Grupo de Trabajo adoptó el contenido de la propuesta.

Apartado a), inciso i)

81. El Grupo de Trabajo adoptó sin cambios el contenido del inciso i) del apartado a).

Apartado a), inciso ii)

82. El Grupo de Trabajo adoptó sin cambios el contenido del inciso ii) del apartado a).

Apartado a), inciso iii)

83. Se propuso que se suprimieran las palabras "caso de que esté facultado para hacerlo" en razón de que introducían un elemento evidente y de que podían dar a entender que los tribunales estatales estaban facultados para examinar de nuevo una medida cautelar. Esta propuesta, sin embargo, no prosperó, pues se consideró necesario mantener esas palabras en el texto, ya que limitaban la posibilidad de intervención de los tribunales estatales en situaciones en que estaban específicamente facultados para revisar una medida cautelar otorgada por un tribunal arbitral.

84. Una delegación propuso que se suprimieran las palabras "caso de que esté facultado para hacerlo, por un foro judicial del Estado en donde se tramite el procedimiento de arbitraje o conforme a cuyo derecho dicha medida se otorgó". En defensa de esta propuesta se argumentó que, a falta de un tratado específico entre Estados, un tribunal estatal carecería de toda base jurídica para denegar el reconocimiento de una medida cautelar otorgada por el tribunal arbitral que hubiera sido levantada o suspendida por el tribunal de otro Estado. Esta propuesta no obtuvo apoyo.

"modificada, revocada o suspendida"

85. Una delegación propuso que se agregara, después de la palabra "suspendida", la palabra "modificada", para así armonizar el texto de la disposición con el del párrafo 4). Esta propuesta no recibió apoyo debido a que la medida original quedaba sin efecto expresa o implícitamente y una vez que un tribunal arbitral hubiera modificado una medida cautelar, dicha medida ya no podía reconocerse ni ejecutarse. No obstante, el Grupo de Trabajo convino en que en una nota explicativa que acompañara al artículo 17 *bis* debería aclararse que el régimen de ejecución enunciado en el artículo 17 *bis* era aplicable a cualquier medida cautelar, independientemente de si fuera modificada o no por el tribunal arbitral.

Apartado b)

Apartado b), inciso i)

86. El Grupo de Trabajo adoptó sin cambios el contenido del inciso i) del apartado b).

Apartado b), inciso ii)

87. El Grupo de Trabajo adoptó sin cambios el contenido del inciso ii) del apartado b).

Párrafo 3)

88. Una delegación propuso que se sustituyeran las palabras "en el ejercicio de dicho cometido" por palabras como "al tomar su determinación", a fin de armonizar la frase con el texto que figura al principio del párrafo, donde dice "toda

determinación a la que llegue el foro judicial". El Grupo de Trabajo adoptó el contenido de esta propuesta.

Párrafo 4)

89. El Grupo de Trabajo adoptó sin cambios el contenido del párrafo 4).

Párrafo 5)

90. Una delegación propuso que las condiciones que deberían cumplirse para la solicitud de una caución enunciadas en el párrafo 5) fueran acumulativas en vez de alternativas y que, por lo tanto, se sustituyera ", o", después de las palabras "dicha caución", por la conjunción "y". El Grupo de Trabajo no adoptó esta propuesta y recordó que se pretendía que bastara con una de esas condiciones para poder exigir la prestación de una caución.

91. En aras de la coherencia con el párrafo 4) del artículo 17, que preveía que un tribunal arbitral podría requerir una caución no solo a la parte demandante sino también a cualquier otra parte, se propuso que, en el párrafo 5), después de las palabras "del demandante" se agregaran las palabras "o de cualquier otra parte". Esta propuesta fue retirada por los motivos expuestos en el párrafo 70 *supra*.

Párrafo 6)

92. Se sugirió que se abreviara el párrafo 6) para que así reflejara el principio que, como se recordó, formaba parte integrante del texto de transacción, de que una orden preliminar no era ejecutable por un foro judicial, en vez de hacer referencia a una medida cautelar otorgada conforme a pautas sustancialmente equivalentes a las enunciadas en el párrafo 7). Como variante, se propuso que el párrafo 6) se limitara a disponer que el artículo 17 *bis* era únicamente aplicable a las medidas cautelares otorgadas por un tribunal arbitral en virtud de los párrafos 1) a 6) del proyecto de artículo 17. Se afirmó que este enfoque respetaba el principio de que las órdenes preliminares serían vinculantes entre las partes y, al mismo tiempo, no excluía la aplicación de otros regímenes de ejecución a las órdenes preliminares. Según otra opinión, la inclusión en el texto de palabras en el sentido de que las órdenes preliminares no eran ejecutables era inapropiada en el contexto del artículo 17 *bis*, que regulaba el reconocimiento y la ejecución de las medidas cautelares. Por esta razón, se sugirió que esa cuestión se abordara en un nuevo apartado que se insertase en el párrafo 7) del proyecto de artículo 17. Asimismo, se sugirió que, para regular la cuestión de una medida cautelar otorgada *ex parte* que la parte demandante tratara de hacer ejecutar en un Estado que hubiera promulgado la Ley Modelo revisada, cabría agregar, al final del artículo 17 *bis*, un párrafo que dijera lo siguiente: "Las medidas cautelares otorgadas *ex parte* no serán ejecutadas".

93. Se propuso que se suprimiera el párrafo 6) del artículo 17 *bis* y que se agregara un nuevo párrafo a continuación del párrafo 7) del proyecto de artículo 17 con un texto del siguiente tenor: "Toda orden preliminar otorgada en virtud del párrafo 7) del artículo 17 será vinculante para las partes, pero no podrá ser objeto de ejecución por un foro judicial". Se observó que ese enunciado tenía la ventaja de reconocer que una orden preliminar no podría ser ejecutable en virtud de la Ley Modelo sobre Arbitraje ni por ningún otro motivo y, además, evitaba el uso del término

"inejecutable", que tenía otra connotación, que podría dar al texto un carácter más fuerte que el término "vinculante".

94. La propuesta suscitó diversas observaciones sobre su redacción. Se sugirió que el texto, en vez de decir "un foro judicial", dijera "cualquier foro judicial", a fin de dar a entender que la disposición se refería a una orden preliminar otorgada por el tribunal arbitral en el territorio jurisdiccional de un tribunal en el cual se solicitara la ejecución o en cualquier otra jurisdicción. Se respondió que, de incluirse tal disposición en una ley nacional, podrían surgir problemas de derecho internacional privado y que, además, tendría, en la práctica, un efecto muy limitado. Se comentó también que la expresión "sujeta a ejecución por parte de un foro judicial" pretendía tener un significado distinto del término "ejecutable", a saber, que podría interpretarse que las partes estaban obligadas a no solicitar la ejecución de la orden preliminar, pero que ésta era, de por sí, ejecutable. Se señaló que la no ejecutabilidad de las órdenes preliminares era un rasgo primordial del texto de transacción.

95. Varias delegaciones objetaron que la disposición, tal como estaba redactada, preveía competencias que iban más allá de lo que disponía la Ley Modelo sobre el Arbitraje, puesto que trataba de regular cuestiones procesales de los tribunales estatales, y se estimó que probablemente la jurisdicción de esos tribunales ni se vería afectada por el párrafo 6). Se consideró que sería mejor omitir simplemente el párrafo 6) en su totalidad, lo cual tendría también el efecto de que la orden preliminar no fuese ejecutable. Varias delegaciones declararon que ésta era su solución preferida, pero que, en aras del consenso y de la convergencia de pareceres de todos los miembros del Grupo de Trabajo, estaban dispuestas a aceptar un enunciado, en el artículo 17 7) o en el artículo 17 *bis* 6), por el que quedara explícitamente excluida la ejecución de una orden preliminar. Se observó que estaba demostrado que las partes en acuerdos de arbitraje no solían estar dispuestas a desacatar las órdenes de un tribunal arbitral y que se plantearon diversos problemas prácticos al redactar disposiciones para la ejecución de órdenes preliminares que, según se creía, solo tendrían un escaso período de vigencia que, en cualquier caso, no podría ser de más de 20 días. Se formuló otra propuesta consistente en que se incluyera, en el artículo 17 *bis*, una disposición que aclarara lo siguiente: "Las disposiciones del presente artículo no serán aplicables a las órdenes preliminares otorgadas en virtud del párrafo 7) del artículo 17". Se subrayó que, a efectos de claridad, sería siempre importante agregar tal observación al artículo 17 *bis*. El Grupo de Trabajo tomó nota de esta sugerencia.

96. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en suprimir el párrafo 6) del artículo 17 *bis* y en agregar un nuevo párrafo a continuación del párrafo 7) del proyecto de artículo 17 que dijera lo siguiente: "Toda orden preliminar otorgada en virtud del párrafo 7) del artículo 17 será vinculante para las partes, pero no estará sujeta a ejecución por un foro judicial".

Nota de pie de página correspondiente al artículo 17 *bis*

97. El Grupo de Trabajo adoptó el contenido de la nota.

V. Proyecto de disposición sobre las medidas cautelares dictadas por un tribunal en apoyo del arbitraje (para insertar provisionalmente como nuevo artículo 17 *ter* en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional)

98. El Grupo de Trabajo recordó que, en su 42º período de sesiones, había habido en su seno un intercambio de opiniones sobre un posible proyecto de disposición que regulara la facultad de los foros judiciales estatales para dictar medidas cautelares en apoyo del arbitraje (que en el articulado del texto sería, provisionalmente, el artículo 17 *ter*). El Grupo de Trabajo reanudó el debate sobre el proyecto de artículo 17 sobre la base del texto recogido en el documento A/CN.9/WG.II/WP.138.

99. Una delegación formuló una reserva en el sentido de que el texto, tal como estaba redactado, solo facultaba a un tribunal estatal para dictar una medida cautelar en apoyo del arbitraje si dicho tribunal se encontraba en el mismo territorio jurisdiccional que el lugar donde tuviera lugar el arbitraje. Se estimó que convendría ampliar el alcance del artículo 17 *ter* para que englobara la situación en que se pidiera a un Estado que dictara una medida cautelar respecto de un procedimiento arbitral que tuviera lugar fuera de su territorio jurisdiccional. Se subrayó que era importante desde un punto de vista práctico ampliar el artículo 17 *ter* para aclarar que la medida cautelar podía ser dictada por un tribunal en cuya jurisdicción no tuviera lugar el arbitraje. Se señaló que la práctica moderna del arbitraje internacional se caracterizaba por medidas como la de tratar de obtener bienes reclamados, seguir buques, preservar pruebas o solicitar las medidas que cabía adoptar, siempre fuera del territorio jurisdiccional en que tuviera lugar el procedimiento arbitral.

100. A fin de resolver ese problema, se propuso que se enmendara el artículo 17 *ter* agregándole, después de las palabras “y en relación con éstas”, los siguientes términos: “que tengan lugar en el país del tribunal o en otro país”. Esta propuesta recibió apoyo.

101. Se observó que el párrafo 2) del artículo 1 de la Ley Modelo sobre Arbitraje disponía lo siguiente: “Las disposiciones de la presente Ley, con excepción de los artículos 8, 9, 35 y 36, se aplicarán únicamente si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio de este Estado”. Se señaló también que, habida cuenta de la intención de que el artículo 17 *ter* fuera aplicable a los procedimientos arbitrales que tuvieran lugar fuera del territorio jurisdiccional del tribunal judicial, convendría agregar el artículo 17 *ter* a la lista de artículos enunciada en el párrafo 2) del artículo 1. No obstante, se indicó que el párrafo 2) del artículo 1 de la Ley Modelo definía el ámbito de aplicación de la Ley Modelo sobre Arbitraje y que la Comisión no había pedido específicamente al Grupo de Trabajo que formulara revisiones de esa parte de la Ley Modelo. Se estimó que el Grupo de Trabajo aún podría armonizar el artículo 17 *ter* con el párrafo 2) del artículo 1 de la Ley Modelo de Arbitraje agregando, al principio del artículo 17 *ter*, las palabras “No obstante lo dispuesto en el párrafo 2) del artículo 1”. Esta propuesta recibió apoyo.

102. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en adoptar, en sustancia, la siguiente versión revisada del artículo 17 *ter*: "El tribunal tendrá competencia para dictar medidas cautelares a fin de facilitar actuaciones arbitrales, y en relación con éstas, que tengan lugar en el país en el que tenga jurisdicción el tribunal o en otro país, del mismo modo que tenga competencia para los fines de las actuaciones judiciales y en relación con éstas, y ejercerá dicha competencia de conformidad con sus propias normas y procedimientos en la medida en que éstos sean aplicables, habida cuenta de las características específicas de un arbitraje internacional. El presente artículo será aplicable no obstante lo dispuesto en el párrafo 2) del artículo 1".

103. Se expresó la opinión de que tal vez el artículo 17 *bis* no regula plenamente los problemas que pueden plantearse con respecto a la relación entre la facultad de los foros judiciales para dictar medidas cautelares y la facultad de los tribunales arbitrales para otorgar medidas cautelares. Se señaló que no estaba claro si esas facultades eran paralelas o si la competencia del foro judicial era superior a la facultad del tribunal arbitral. Esa incertidumbre podría permitir a las partes desafiar la facultad de los tribunales arbitrales para otorgar medidas cautelares solicitando tales medidas a los tribunales judiciales estatales. Se sugirió que, a fin de definir mejor la interacción entre ambas facultades, el artículo 17 *ter* dispusiera que un tribunal judicial solo pudiera actuar en circunstancias y en la medida en que el tribunal arbitral estatal no estuviera facultado para ello o no pudiera actuar con eficacia, por ejemplo, si se requería una medida cautelar para vincular a un tercero, si el tribunal arbitral aún no estuviera constituido o si el tribunal solo había dictado una orden preliminar. El principio en que se basaba esa propuesta recibió cierto apoyo, pero se convino en que esa propuesta tenía importantes repercusiones jurídicas y prácticas y que planteaba complejos problemas que tal vez el Grupo de Trabajo deseara examinar en una etapa ulterior.

VI. Posibles opciones sobre la forma en que cabría presentar, en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, las disposiciones actuales y las revisadas

104. En su 42º período de sesiones, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que estudiara la cuestión de la forma en que cabría presentar las disposiciones actuales y las revisadas sobre las medidas cautelares, con posibles variantes que el Grupo de Trabajo pudiera examinar en un futuro período de sesiones (A/CN.9/573, párr. 99).

105. El Grupo de Trabajo convino en que las disposiciones de los artículos 17, 17 *bis* y 17 *ter* se insertaran en un nuevo capítulo, que sería el capítulo IV *bis*. Se expresaron opiniones divergentes sobre si en el título del nuevo capítulo debía hacerse referencia únicamente a las medidas cautelares o también a las ordenes preliminares.

106. Se sugirió que el párrafo 7) del proyecto de artículo 17, que trata de las órdenes preliminares, se presentara en forma de artículo, disociado del artículo 17. También se sugirió que se reestructuraran los proyectos de artículo 17 y 17 *bis* reagrupando los párrafos que trataban cuestiones similares en artículos separados. Se argumentó que la ventaja de esa presentación radicaría en que se preservaría el estilo de redacción de la Ley Modelo sobre Arbitraje y en que permitiría presentar

las disposiciones de manera más lógica. Advirtiendo que la reestructuración de estas disposiciones podría llevar mucho tiempo, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara un proyecto revisado de los artículos 17 y 17 *bis* teniendo en cuenta esas observaciones, y convino en examinar esa nueva presentación en su próximo período de sesiones.

VII. Informe del grupo de redacción

107. Al haber concluido el Grupo de Trabajo sus deliberaciones sobre los proyectos de artículo 17, 17 *bis* y 17 *ter*, la Secretaría estableció un grupo de redacción para plasmar en el texto las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo y asegurar la coherencia entre las versiones en los distintos idiomas oficiales. El informe del grupo de redacción, adoptado por el Grupo de Trabajo, se adjunta al presente informe.

VIII. Preparación de una disposición legal modelo sobre la forma escrita para el acuerdo de arbitraje

108. El Grupo de Trabajo recordó que, en su 36º período de sesiones (Nueva York, 4 a 8 de marzo de 2002), había examinado un proyecto de disposición legal modelo por el que se revisaba el artículo 7 de la Ley Modelo sobre Arbitraje y que había estudiado un proyecto de instrumento de interpretación del párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York. El Grupo de Trabajo convino en reanudar el debate sobre la preparación de ese proyecto de disposición modelo y, a tal efecto, tuvo a su disposición un texto preparado por la Secretaría que se basaba en las deliberaciones que había mantenido el Grupo de Trabajo en su 36º período de sesiones (A/CN.9/508, párrs. 18 a 39) (en adelante, denominado "el proyecto revisado de artículo 7"). El Grupo de Trabajo examinó asimismo una propuesta que sobre este tema presentó una delegación, y que se reproduce en el documento A/CN.9/WG.II/WP.137, enmendada por el documento A/CN.9/WG.II/WP.137/Add.1 (en adelante, "el nuevo texto propuesto").

109. El nuevo texto propuesto sugería que se omitiera del párrafo 2) del artículo 7 el requisito de que los acuerdos de arbitraje figuraran por escrito. Se opinó que, de adoptarse el nuevo texto propuesto, el tema de la concertación del acuerdo de arbitraje y de su contenido se reducirían a una cuestión simplemente probatoria. Se sugirió que en el nuevo texto propuesto se estableciera un régimen más favorable que el que preveía la Convención de Nueva York para el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales. Se señaló, por lo tanto, que en virtud de la "disposición legal más favorable", enunciada en el artículo VII de la Convención de Nueva York, no se aplicaría el artículo II de dicha Convención sino la Ley Modelo sobre Arbitraje. Se observó que, en varios ordenamientos jurídicos que habían suprimido el requisito de la forma escrita para los acuerdos de arbitraje, raras veces se recurría a acuerdos de arbitraje verbales que, por otra parte, no habían dado lugar a controversias de importancia acerca de su validez.

110. Si bien se consideró que el nuevo texto propuesto era útil, pues ponía de relieve los problemas planteados por los requisitos sobre la forma escrita, se estimó que si se suprimía el requisito de la forma y toda referencia a "escrito", se podría

crear incertidumbre. Se consideró que el proyecto revisado de artículo 7 reflejaba el criterio del Grupo de Trabajo sobre los requisitos mínimos que habría que aplicar respecto de la forma de un acuerdo de arbitraje, mientras que el nuevo texto propuesto iba mucho más lejos, llegando a abordar el reconocimiento de la validez de los acuerdos de arbitraje verbales.

111. Se subrayó que si se promovían o reconocían demasiado los acuerdos verbales, podría ocurrir que se dictaran laudos que no pudieran ser reconocidos ni ejecutados en virtud de la Convención de Nueva York, debido a que el acuerdo de arbitraje sobre la base del cual dichos laudos se hubieran otorgado no cumpliría el requisito de que el acuerdo debería figurar por escrito conforme al párrafo 2) del artículo II de dicha Convención. Según otro argumento aducido, el artículo VII de la Convención de Nueva York hacía expresamente referencia a los "laudos arbitrales" y, por consiguiente, no había certeza sobre si se interpretaría universalmente que el artículo VII era aplicable a los acuerdos de arbitraje. Se señaló también que un requisito de forma de tipo muy flexible se asemejaría a las disposiciones que ya existían respecto de los litigios judiciales, por ejemplo, al artículo 3 c) de la Convención sobre la elección de acuerdos judiciales (aprobada el 30 de junio de 2005), en virtud del cual "la elección exclusiva de un acuerdo judicial deberá concertarse o documentarse por escrito o por cualquier otro medio de comunicación que haga la información accesible, de modo que sea utilizable para consultas ulteriores". Asimismo, se recordó que recientemente la Comisión había convenido en incluir la Convención de Nueva York en una lista de instrumentos internacionales a los que sería aplicable la Convención sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales.

112. Varias delegaciones expresaron el parecer de que tanto el nuevo texto propuesto como el proyecto revisado de artículo 7 ofrecían opciones útiles para resolver los problemas que planteaba el requisito de la forma escrita. Se sugirió que se presentaran ambas opciones a la Comisión como variantes. No obstante, se argumentó que ambas opciones tenían la misma función de restar rigidez a los requisitos de forma, tal vez fuera posible conciliarlas. Uno de los modos de lograrlo consistiría en enmendar el párrafo 2) del proyecto revisado limitando el requisito de fondo de la prueba, y no a la validez. Se propuso, a tal efecto, introducir en el texto una frase del siguiente tenor: "La existencia del acuerdo de arbitraje podrá demostrarse por escrito". Se formuló otra propuesta consistente en enmendar el proyecto revisado de artículo 7, de modo que reflejara los términos empleados en la Convención sobre la elección de acuerdos judiciales, antes mencionada.

ANEXO

Informe del grupo de redacción

Capítulo IV *bis*. Medidas cautelares y órdenes preliminares

Proyecto de artículo 17

1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de una de ellas, otorgar medidas cautelares.

2) Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene a una de las partes que:

a) Mantenga o restablezca el statu quo en espera de que se dirima la controversia;

b) Adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral;

c) Proporcione algún medio para preservar ciertos bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o

d) Preserve ciertos elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.

3) El demandante de alguna medida cautelar prevista en los apartados a), b) o c) del párrafo 2) deberá aportar al tribunal arbitral pruebas convincentes de que:

a) De no otorgarse la medida cautelar, es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser ésta otorgada; y

b) Existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere, siempre y cuando toda determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgue en modo alguno toda determinación subsiguiente a que pueda llegar dicho tribunal.

4) En lo concerniente a toda demanda de una medida cautelar presentada con arreglo al apartado d) del párrafo 2), los requisitos enunciados en los apartados a) y b) del párrafo 3) solo serán aplicables en la medida que el tribunal arbitral lo estime oportuno.

5) El tribunal arbitral podrá exigir del demandante de la medida cautelar o de toda otra parte interesada que preste una garantía adecuada respecto de la medida demandada.

6) El demandante de la medida cautelar deberá dar a conocer sin tardanza todo cambio importante que se produzca en las circunstancias que motivaron que se demandara la medida cautelar o que el tribunal arbitral la otorgara.

7) El tribunal arbitral podrá modificar, suspender o revocar toda medida cautelar que haya otorgado, ya sea a instancia de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a las partes.

8) El demandante de la medida cautelar será responsable de las costas y de los daños y perjuicios que dicha medida ocasione a la parte contra la que sea aplicable, siempre que el tribunal arbitral determine ulteriormente que, en las circunstancias del caso, no debería haberse otorgado la medida. El tribunal arbitral podrá condenarle en cualquier momento de las actuaciones al pago de las costas y de los daños y perjuicios.

9) a) Salvo acuerdo en contrario de las partes, toda parte podrá demandar una medida cautelar sin dar aviso a ninguna otra parte y solicitar una orden preliminar del tribunal arbitral por el que se ordene a alguna parte que no frustre la finalidad de la medida cautelar demandada;

b) Las disposiciones de los párrafos 3), 4), 7) y 8) del presente artículo relativas a las medidas cautelares serán también aplicables a toda orden preliminar que el tribunal arbitral pueda emitir con arreglo al presente párrafo;

c) El tribunal arbitral podrá emitir una orden preliminar siempre que considere que la notificación previa de la demanda de una medida cautelar a la parte contra la cual esa medida vaya dirigida entraña el riesgo de que se frustre la medida demandada. Dicha orden preliminar no constituirá un laudo;

d) Inmediatamente después de haberse pronunciado sobre la procedencia de una solicitud de orden preliminar, el tribunal arbitral notificará a todas las partes la demanda presentada de una medida cautelar, la solicitud de una orden preliminar, la propia orden preliminar, caso de haberse otorgado, así como todas las comunicaciones al respecto, consignando el contenido de toda comunicación verbal, entre cualquiera de las partes y el tribunal arbitral;

e) Al mismo tiempo, el tribunal arbitral dará, a la parte contra la que vaya dirigida la orden preliminar, la oportunidad de hacer valer sus derechos a la mayor brevedad posible;

f) El tribunal arbitral se pronunciará sin tardanza sobre toda objeción que se presente contra la orden preliminar;

g) Toda orden preliminar emitida con arreglo a lo previsto en el presente párrafo expirará a los veinte días contados a partir de la fecha en que el tribunal arbitral la haya emitido. No obstante, el tribunal arbitral podrá dictar una medida cautelar por la que ratifique o modifique la orden preliminar una vez que la parte contra la que se dirigió la orden preliminar haya sido notificada y haya tenido la oportunidad de hacer valer sus derechos;

h) El tribunal arbitral exigirá al solicitante que preste una garantía respecto de la orden preliminar, salvo que dicho tribunal lo considere inapropiado o innecesario;

i) Toda parte que solicite una orden preliminar deberá revelar al tribunal arbitral toda circunstancia que pueda ser pertinente a la decisión que el tribunal arbitral vaya a adoptar dicha orden, sobre si debe otorgar o mantener una orden preliminar, y seguirá estando obligada a hacerlo en tanto que la parte, contra la que la orden haya sido solicitada, no haya tenido la oportunidad de hacer valer sus derechos. A partir de dicho momento, la obligación del solicitante de revelar todo cambio en las circunstancias será la misma que la que cabe exigir del demandante de una medida cautelar con arreglo al párrafo 6);

j) Una orden preliminar dictada con arreglo al presente párrafo será vinculante para las partes, pero no será de por sí objeto de ejecución judicial.

Proyecto de artículo 17 *bis*

1) Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral se reconocerá como vinculante y, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, será ejecutada al ser demandada ante el foro judicial competente, cualquiera que sea el país en donde haya sido ordenada, y a reserva de lo dispuesto en el presente artículo*.

2) Dicho foro judicial podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar únicamente:

a) si, al actuar a instancia de la parte afectada por la medida, el foro judicial está convencido de que:

i) dicha denegación está justificada por alguno de los motivos enunciados en los incisos i), ii), iii) o iv) del apartado a) del párrafo 1) del artículo 36; o

ii) no se ha cumplido la decisión del tribunal arbitral sobre la prestación de la garantía que corresponda a la medida cautelar otorgada por el tribunal arbitral; o

iii) la medida cautelar ha sido revocada o suspendida por el tribunal arbitral o, caso de que esté facultado para hacerlo, por un foro judicial del Estado en donde, se tramite el procedimiento de arbitraje o conforme a cuyo derecho dicha medida se otorgó; o

b) si, el foro judicial resuelve que:

i) la medida cautelar es incompatible con las facultades que se le confieren, a menos que dicho foro decida reformular la medida para ajustarla a sus propias facultades y procedimientos a efectos de poderla ejecutar sin modificar su contenido; o bien que

ii) alguno de los motivos de denegación enunciados en los incisos i) o ii) del apartado b) del párrafo 1) del artículo 36 es aplicable al reconocimiento o la ejecución de la medida demandada.

3) Toda determinación a la que llegue el foro judicial respecto de cualquier motivo enunciado en el párrafo 2) del presente artículo será únicamente aplicable para los fines de la solicitud de reconocimiento y ejecución de la medida cautelar. El foro judicial al que se solicite el reconocimiento o la ejecución no podrá emprender, en el ejercicio de dicho cometido, una revisión del contenido de la medida cautelar.

4) La parte que demande o haya obtenido el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar informará sin demora al foro judicial de toda revocación, suspensión o modificación que se ordene de dicha medida.

5) El foro judicial ante el que sea demandado el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar podrá, si lo considera oportuno, exigir del demandante que preste una garantía adecuada, cuando el tribunal arbitral no se haya

---

* Las condiciones enunciadas en el presente artículo tienen por objeto limitar el número de circunstancias en las que un foro judicial podrá denegar la ejecución de una medida cautelar. No se menoscabará en nada el objetivo de armonización que se intenta lograr con estas disposiciones modelo si un Estado prevé en ellas menos supuestos en los que pueda denegarse la ejecución de una medida cautelar.

pronunciado aún en lo concerniente a tal garantía o cuando esa garantía sea necesaria para proteger los derechos de terceros.

Proyecto de artículo 17 *ter*

El foro judicial gozará de la misma competencia para dictar medidas cautelares al servicio de actuaciones arbitrales y en lo concerniente a esas actuaciones que la que disfruta al servicio de sus propias actuaciones y en lo concerniente a otras actuaciones judiciales, y ejercerá dicha competencia de conformidad con sus propias reglas de procedimiento en la medida en que dichas reglas sean compatibles con los rasgos distintivos de un arbitraje internacional. El presente artículo será aplicable, sin que sea óbice lo dispuesto en el párrafo 2) del artículo 1.

B. Nota de la Secretaría sobre solución de controversias comerciales: preparación de una disposición legal modelo sobre el requisito de la forma escrita para el acuerdo de arbitraje, presentada al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación en su 43º período de sesiones

(A/CN.9/WG.II/WP.136) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
	Introducción	1-3
I.	Proyecto de texto de la disposición legal modelo sobre el requisito de la forma escrita para el acuerdo de arbitraje por la que se revisa el artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional	4
II.	Observaciones sobre el proyecto de texto de la disposición legal modelo sobre el requisito de la forma escrita para el acuerdo de arbitraje por la que se revisa el artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional	5-13

Introducción

1. En su 35º período de sesiones (Nueva York, 17 a 28 de junio de 2002), la Comisión tomó nota de que el Grupo de Trabajo había examinado, en su 36º período de sesiones (Nueva York, 4 a 8 de marzo de 2002), un proyecto de disposición legislativa modelo por el que se revisaba el artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante, "la Ley Modelo") y de que había debatido un proyecto de instrumento interpretativo relativo al párrafo 2) del artículo II de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras[1] (en adelante, "la Convención de Nueva York")[2]. La Comisión tomó nota de que el Grupo de Trabajo no había llegado a un consenso sobre la alternativa de preparar un protocolo de enmienda o un instrumento interpretativo de la Convención de Nueva York, y señaló que había que mantener abiertas ambas opciones para que el Grupo de Trabajo o la Comisión las examinara en una etapa posterior. La Comisión estimó que los Estados miembros y observadores que participaran en las deliberaciones del Grupo de Trabajo deberían disponer de abundante tiempo para celebrar consultas sobre esas importantes cuestiones. Por lo tanto, la Comisión consideró que tal vez fuera preferible que el Grupo de Trabajo aplazara sus debates sobre el requisito de la forma escrita para el acuerdo de arbitraje.

---

[1] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 330, núm. 4739.

[2] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/57/17), párr. 183.

2. En su 37º período de sesiones (Nueva York, 14 a 25 de junio de 2004), la Comisión tomó nota de que el Grupo de Trabajo aún no había concluido su labor relativa al requisito de la forma escrita para el acuerdo de arbitraje que figuraba en el párrafo 2) del artículo 7 de la Ley Modelo y en el párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York[3]. En su 42º período de sesiones (Nueva York, 10 a 14 de enero de 2005), el Grupo de Trabajo convino en reanudar sus deliberaciones al respecto en sus dos siguientes períodos de sesiones, con miras a poder someter a la aprobación de la Comisión en su 39º período de sesiones, en 2006, una disposición legal modelo por la que se revisara el artículo 7 de la Ley Modelo (A/CN.9/573, párr. 98).

3. En la preparación de la presente nota se han utilizado como base las deliberaciones que mantuvo el Grupo de Trabajo, en su 36º período de sesiones, con respecto a la preparación de una disposición legal modelo sobre la forma escrita del acuerdo de arbitraje por la que se revise el artículo 7 de la Ley Modelo (A/CN.9/508, párrs. 18 a 39)[4].

---

[3] *Ibid.*, *quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/59/17), párr. 59.

[4] Las deliberaciones anteriormente mantenidas sobre esta cuestión se recogen en los siguientes documentos publicados por la CNUDMI:

- Informe de la Comisión sobre la labor de su 37º período de sesiones (Nueva York, 14 a 25 de junio de 2004): *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/59/17), párr. 59;
- Informe de la Comisión sobre la labor de su 35º período de sesiones (Nueva York, 17 a 28 de junio de 2002): *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/57/17), párrs. 182 y 183;
- Informe del Grupo de Trabajo sobre la labor de su 36º período de sesiones (Nueva York, 4 a 8 de marzo de 2002): (A/CN.9/508), párrs. 18 a 39;
- Documento de trabajo: A/CN.9/WG.II/WP.118 (febrero de 2002, párrs. 8 a 24);
- Informe de la Comisión sobre la labor de su 34º período de sesiones (Viena, 25 de junio a 13 de julio de 2001): *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/56/17), párrs. 312 y 313;
- Informe del Grupo de Trabajo sobre la labor de su 34º período de sesiones (Nueva York, 21 de mayo a 1 de junio de 2001): A/CN.9/487, párrs. 22 a 41;
- Documento de trabajo: A/CN.9/WG.II/WP.113 (marzo de 2001);
- Informe del Grupo de Trabajo sobre la labor de su 33º período de sesiones (Viena, 20 de noviembre a 1 de diciembre de 2000): A/CN.9/485, párrs. 21 a 59;
- Documento de trabajo: A/CN.9/WG.II/WP.110 (septiembre de 2000, párrs. 10 a 26);
- Informe de la Comisión sobre la labor de su 33º período de sesiones (Nueva York, 12 de junio a 7 de julio de 2000): *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/55/17), párrs. 389 a 399;
- Informe del Grupo de Trabajo sobre la labor de su 32º período de sesiones (Viena, 20 a 31 de marzo de 2000): A/CN.9/468, párrs. 88 a 106;
- Documento de trabajo: A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1 (enero de 2000, párrs. 1 a 40);
- Informe de la Comisión sobre la labor de su 32º período de sesiones (17 de mayo a 4 de junio de 1999): *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/54/17), párrs. 344 a 350;
- Nota sobre la posible labor futura en materia de arbitraje comercial internacional: A/CN.9/460 (abril de 1999, párrs. 20 a 31).

Estos documentos pueden consultarse también en la página de la CNUDMI en Internet (www.uncitral.org), buscando en “Grupos de Trabajo” y, concretamente, en “Grupo de Trabajo sobre Arbitraje”.

I. Proyecto de texto de la disposición legal modelo sobre el requisito de la forma escrita para el acuerdo de arbitraje por la que se revisa el artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional

4. El Grupo de Trabajo tal vez desee utilizar como base para sus deliberaciones el siguiente texto revisado:

"Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje

1) El acuerdo de arbitraje es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o que puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

2) El acuerdo de arbitraje deberá constar en un escrito. Por 'escrito' se entenderá cualquier forma de texto escrito que puede abarcar, sin limitaciones, un mensaje de datos que deje constancia del acuerdo de arbitraje o que de otro modo sea accesible para su ulterior consulta.

3) Por 'mensaje de datos' se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

4) Además, un acuerdo de arbitraje figurará por escrito cuando conste en él un intercambio de escritos de demanda y de contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra.

5) A fin de disipar dudas, la referencia hecha en un contrato o en un acuerdo de arbitraje independiente a un escrito que contenga una cláusula compromisoria constituirá un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que la referencia implique que la cláusula forma parte del contrato o del acuerdo de arbitraje independiente, prescindiendo de si el contrato o el acuerdo de arbitraje independiente se han celebrado verbalmente, de forma deducible de los actos o por medios que no sean escritos. En tal caso, el escrito que contenga la cláusula compromisoria constituirá el acuerdo de arbitraje a los efectos del artículo 35."

II. Observaciones sobre el proyecto de texto de la disposición legal modelo sobre el requisito de la forma escrita para el acuerdo de arbitraje por la que se revisa el artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional

Párrafo 1)

5. En el párrafo 1) se reproduce sin cambios el texto del párrafo 1) del artículo 7 de la Ley Modelo. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del párrafo 1), señalando que esa disposición no planteaba de por sí ninguna controversia (A/CN.9/508, párr. 20).

Párrafo 2)

6. Al tratar de enmendar este párrafo, los encargados de su redacción querían dejar claro sin ningún tipo de ambigüedad que los acuerdos de arbitraje podían celebrarse validamente por medios que no fueran documentos sobre papel (por ejemplo, mediante comunicaciones electrónicas) (A/CN.9/508, párr. 21). Según la opinión predominante en el Grupo de Trabajo, era importante combinar el concepto tradicional de "constancia" con el más moderno de "mensaje de datos", (definido en el párrafo a) del artículo 2 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico), a fin de aclarar que los documentos que no fueran documentos tradicionales sobre papel figuraban también entre las formas aceptables de dejar constancia de un acuerdo de arbitraje (A/CN.9/508, párr. 23).

7. El Grupo de Trabajo también convino en la necesidad de mantener en el texto las palabras limitativas "que de otro modo sea accesible para su ulterior consulta" (inspiradas en el párrafo 1) del artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico), a fin de enunciar las condiciones en que un mensaje, inclusive un mensaje de datos, podría cumplir los requisitos de forma escrita establecidos por la ley (A/CN.9/508, párr. 24).

8. El párrafo 2 se ha formulado de nuevo y se ha ajustado a las pautas convenidas por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/508, párr. 25).

Párrafo 3)

9. Dado que la expresión "mensaje de datos" se emplea en el párrafo 2), el Grupo de Trabajo convino en mantener esa definición en el texto (A/CN.9/508, párr. 26), que está calcada del párrafo a) del artículo 2 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico.

Párrafo 4) (anteriormente, párrafo 5) del proyecto de disposición legal modelo que figuraba en el párrafo 18 del documento A/CN.9/508)

10. El Grupo de Trabajo convino en mantener en el texto el párrafo 4) a pesar de las objeciones formuladas en el sentido de que parecía inducir a error y de que su contenido ya estaba regulado por los artículos 4 y 16 2) de la Ley Modelo (A/CN.9/508, párrs. 32 y 33). Se argumentó que el párrafo 4) era necesario, debido a que el alcance limitado del artículo 4 de la Ley Modelo no permitía interpretarlo como una presunción positiva de la existencia de un acuerdo de arbitraje,

en ausencia de pruebas materiales de ello, en virtud del intercambio de escritos de demanda y contestación (A/CN.9/508, párr. 34).

Párrafo 5) (anteriormente, párrafo 6) del proyecto de disposición legal modelo que figuraba en el párrafo 18 del documento A/CN.9/508)

11. Conviene recordar que una de las principales finalidades de la revisión del artículo 7 de la Ley Modelo es reconocer la validez formal de los acuerdos de arbitraje que se celebran en ciertas situaciones de hecho sobre las que los tribunales y los comentaristas tienen opiniones divergentes acerca de si se cumple o no el requisito de forma enunciado en el texto actual del párrafo 2) del artículo 7 de la Ley Modelo. El Grupo de Trabajo convino en que un acuerdo de arbitraje puramente verbal no debería considerarse formalmente válido en virtud de la Ley Modelo (A/CN.9/508, párr. 27). No obstante, se convino también en que, como criterio general, la mención de un documento contractual escrito o de un vínculo con tal tipo de documento que contenga una cláusula compromisoria debería ser suficiente para que quedara formalmente reconocida la validez del acuerdo de arbitraje (*ibid.*). Se citaron ejemplos de situaciones en que la mención, en un contrato verbal, de un conjunto de reglas de arbitraje debería aceptarse por dejar suficiente constancia de la existencia y del contenido del acuerdo de arbitraje, particularmente cuando el conjunto de reglas contuviera una cláusula compromisoria modelo (*ibid.*). A fin de tener en cuenta la objeción según la cual la mera referencia, en un contrato verbal, a un conjunto de reglas de arbitraje no siempre debería considerarse suficiente para darse por cumplido el requisito de la forma escrita, puesto que, de por sí, un conjunto de reglas de procedimiento no debería considerarse equivalente a un documento contractual que contiene una cláusula compromisoria (*ibid.*), el Grupo de Trabajo convino en que se insertara en el texto una condición conforme a la cual habría que recurrir al derecho interno o a otro derecho aplicable para determinar si la referencia a tales reglas de arbitraje bastaba para que se considerara que la cláusula formaba parte del contrato o del acuerdo de arbitraje independiente, a pesar de que el contrato o el acuerdo de arbitraje independiente hubieran sido celebrados verbalmente, se dedujeran de los actos de las partes o se hubieran concertado por otros medios no escritos.

12. En este contexto, el Grupo de Trabajo convino en suprimir el párrafo 4) del proyecto de disposición legal modelo que figuraba en el párrafo 18 del documento A/CN.9/508 y en volver a formular el párrafo 5) de modo que reflejara mejor las consideraciones mencionadas más arriba (A/CN.9/508, párr. 31). Se recuerda que el Grupo de Trabajo convino en suprimir el párrafo 7) del proyecto de disposición legal modelo que figuraba en el párrafo 18 del documento A/CN.9/508 y, en su lugar, decidió insertar, al final del párrafo 5), una frase suplementaria para aclarar que el escrito mencionado en el párrafo 5), en el que figuraba una cláusula compromisoria, constituía un acuerdo de arbitraje a los efectos del artículo 35 de la Ley Modelo. Se sostuvo también que esta frase se ajustaba a lo dispuesto en la Convención de Nueva York (A/CN.9/508, párr. 39).

A/CN.9/WG.II/WP.137

C. Solución de controversias comerciales: preparación de disposiciones uniformes sobre el requisito de la forma escrita para los acuerdos de arbitraje, propuesta de la delegación de México, presentada al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación en su 43º período de sesiones

(A/CN.9/WG.II/WP.137 y Add.1) [Original: español]

Nota de la Secretaría

En preparación del 43º período de sesiones del Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación), durante el cual el Grupo de Trabajo proseguirá su examen de un proyecto de artículo 7 revisado de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (véase el informe sobre el 42º período de sesiones, documento A/CN.9/573, párr. 98), el Gobierno de México presentó, el 15 de febrero de 2005, el texto de una propuesta de versión revisada del artículo 7 para que lo examinara el Grupo de Trabajo. El texto de esa propuesta se reproduce a continuación en un anexo de la presente nota en la forma en que fue recibido por la Secretaría.

ANEXO

Propuesta del Gobierno de México sobre la forma escrita del acuerdo de arbitraje, para ser presentada al Grupo de Trabajo de la CNUDMI sobre Arbitraje y Conciliación

I. Introducción

I.1. La Convención de las Naciones Unidas sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras (Convención de Nueva York o CNY), requiere la forma escrita para el acuerdo de arbitraje.

I.2. La forma escrita se requiere para varios efectos:

i) Para la validez del acuerdo de arbitraje (CNY, Artículo II 1) y 2));

ii) Para solicitar a un juez ante el cual se haya entablado un juicio respecto de una controversia que haya sido objeto de un acuerdo de arbitraje, que remita a las partes al arbitraje (CNY, Artículo II 3)); y

iii) Para cumplir el requisito indispensable de presentación del acuerdo de arbitraje, al solicitar a un juez o a una autoridad competente el reconocimiento y la ejecución de un laudo (CNY, Artículo IV 1)).

I.3. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (LMA), en sus artículos 7, 8 1) y 35, contiene disposiciones similares a los de la Convención de Nueva York. La única diferencia estriba en que la definición de lo que se entiende por “escrito” es más amplia en la LMA.

I.4. La CNUDMI ha descubierto diversas prácticas contemporáneas que no se ajustan a la definición literal de "escrito", ni en la CNY, ni en la LMA (véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1).

I.5. Además de lo anterior, existe la práctica de acuerdos de arbitraje concertados por medios electrónicos.

I.6. Algunos jueces han interpretado flexiblemente la CNY y la LMA, resolviendo en tales casos que se satisfizo el requisito de la forma escrita. Otros, al parecer los menos, han considerado lo contrario.

I.7. La Comisión encargó al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación que estudiara la posibilidad de dar solución a los problemas generados por estas prácticas, que crean incertidumbre. La aplicación literal de la CNY y de la LMA pudiera frustrar, por un formalismo, las legítimas expectativas de las partes.

I.8. En el Grupo de Trabajo prevalece la opinión de que no es recomendable hacer una enmienda a la CNY. Los problemas que se crearían serían de mayor magnitud que los beneficios derivados de dicha enmienda, a saber:

i) Se generaría incertidumbre acerca de los acuerdos en que fuera dudoso que se haya cumplido el requisito de la forma escrita;

ii) Llevaría mucho tiempo hacer la enmienda; y aún transcurriría mucho más tiempo antes de que los países la ratificaran o se adhirieran a la enmienda (actualmente hay 134 Estados parte en la CNY).

I.9. El Grupo de Trabajo elaboró un proyecto de declaración con objeto de incitar a los jueces y autoridades a dar una interpretación flexible a la CNY (A/CN.9/487, párrafo 63).

I.10. En relación con la Ley Modelo sobre el Arbitraje Comercial Internacional (LMA), el Grupo de Trabajo elaboró un proyecto de modificación al artículo 7 de la LMA (A/CN.9/487, párrs. 22 a 41).

I.11. Sin embargo, en el Grupo de Trabajo se expresa con énfasis la opinión de que ninguno de los proyectos es satisfactorio. Respecto de la declaración interpretativa de la CNY, no se considera que tenga fuerza vinculante. Respecto de la LMA, algunos estiman que en el proyecto de definición se considera "escrito" lo que francamente no lo es.

I.12. El Grupo de Trabajo suspendió sus deliberaciones para terminar la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Conciliación Internacional y el proyecto relativo a las medidas cautelares en el arbitraje. Se espera que en el próximo período de sesiones del Grupo de Trabajo, provisionalmente programado para octubre de 2005 en Viena, se vuelva a examinar la cuestión de la forma escrita.

II. Razones de la propuesta

II.1. En nuestros días el arbitraje tiene mayor aceptación que cuando se negociaron la CNY y la LMA. La exigencia de la forma escrita, para muchos, es un formalismo que ya no tiene razón de existir. El formalismo puede frustrar las legítimas expectativas de las otras partes. La forma del acuerdo arbitral es más restrictiva que la libertad de forma en los contratos comerciales; se puede contratar oralmente una operación de

cien millones de dólares, pero el acuerdo de arbitraje relativo a ese contrato debe constar por escrito. Hay países en los que ya no se exige que el acuerdo arbitral conste por escrito[5]. En otros, la definición es tan amplia que, prácticamente, el requisito ya no se plantea[6].

II.2. En consecuencia, el Gobierno de México propone que se elimine en la LMA el requisito de la forma escrita para el acuerdo de arbitraje. De adoptarse esta modificación, las cuestiones de la celebración del acuerdo de arbitraje y de su contenido pasarían a ser problemas probatorios.

II.3. En los países que adoptaran la modificación de la LMA, el problema de la validez legal del acuerdo de arbitraje ya no se plantearía. En relación al reconocimiento y la ejecución, como no se exigiría la presentación del acuerdo de arbitraje, en virtud de la aplicación del principio del régimen más favorable, enunciando en el artículo VII de la CNY, el problema ya quedaría resuelto en esta convención.

III. La propuesta

A. Artículo 7. Definición del acuerdo de arbitraje[7]

Se propone que se supriman las referencias al requisito de la forma escrita. El artículo quedaría como sigue:

> "El Acuerdo de arbitraje es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. [El acuerdo de arbitraje podrá revestir la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato, o figurar como un acuerdo independiente.]"[8]

B. Artículo 35. Reconocimiento y ejecución

Se propone modificar el párrafo 2) del artículo 35, a fin de omitir el requisito de la presentación del acuerdo de arbitraje. El texto que se propone quedaría como sigue:

"2) La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá presentar el original del laudo debidamente autenticado o copia certificada del mismo. Si el laudo no estuviera redactado en español, la parte que lo invoque deberá presentar una traducción a este idioma de dichos documentos, hecha por perito oficial."

---

[5] Por ejemplo, en Francia, Bélgica, Suecia, Suiza, los Países Bajos e Italia se ha eliminado el requisito de la forma escrita al no haberse establecido ninguna exigencia formal para el acuerdo arbitral.

[6] Por ejemplo, en Inglaterra, el concepto de "por escrito" abarca los acuerdos verbales (véase *Zambia Steel v. James Clark*, Court of Appeal [1986], 2 Lloyd's Rep. 225, resolución seguida en el caso *Abdullah M. Fahem v. Mareb Yemen Insurance and Tomen*, Queen's Bench Reports [1997] 2 Lloyd's Rep. 738, Yearbook of Commercial Arbitration, 1998, pág. 789).

[7] El texto que se propone sustituye al del proyecto del artículo 7 examinado por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/508).

[8] Se propone que la segunda frase figure entre corchetes, ya que pudiera resultar innecesaria, toda vez que en la primera frase se prevé que el acuerdo de arbitraje puede comprender las controversias que hayan surgido o que puedan surgir entre las partes. La diferencia entre "cláusula compromisoria" y "compromiso arbitral", ha perdido su razón de ser.

A/CN.9/WG.II/WP.137/Add.1

Enmienda de la propuesta presentada por la delegación de México

ADICIÓN

Nota de la Secretaría

En preparación del 43º período de sesiones del Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación), durante el cual el Grupo de Trabajo proseguirá su examen de un proyecto revisado de artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (véase el informe sobre el 42º período de sesiones, documento A/CN.9/573, párr. 98), el 15 de febrero de 2005 el Gobierno de México presentó un proyecto de versión revisada del artículo 7 para que lo examinara el Grupo de Trabajo. El texto de esa propuesta figura en el documento A/CN.9/WG.II/WP.137. El 31 de agosto de 2005, el Gobierno de México presentó una enmienda por la que modificaba el proyecto de versión revisada del artículo 7. Esa enmienda se reproduce en el anexo de la presente nota tal como la recibió la Secretaría.

ANEXO

Enmienda de la propuesta del Gobierno de México, relativa a la forma escrita para los acuerdos de arbitraje, que se somete al examen del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje de la CNUDMI

La Misión Permanente de México desearía informar a la secretaría de la Comisión de la enmienda del párrafo 2 del artículo 35, referida a la propuesta que México presentó. El texto de la enmienda es el siguiente: "*Si el laudo no estuviera redactado en un idioma oficial de este Estado, la parte deberá presentar una traducción debidamente certificada a ese idioma*".

Como se desprende de su lectura, la nueva redacción posee un carácter más general que la propuesta originalmente formulada, en tal virtud, la Misión de México solicita a la Secretaría hacer del conocimiento de los Estados Miembros de la CNUDMI la enmienda mencionada en el párrafo anterior y comunicar a la Misión Mexicana sobre la publicación del texto modificado.

D. Nota de la Secretaría sobre solución de controversias comerciales: medidas cautelares, presentada al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación en su 43º período de sesiones

(A/CN.9/WG.II/WP.138) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
	Introducción	1-4
I.	Proyecto de artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional relativo a la facultad de un tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares	5-50
	A. Texto del proyecto de artículo 17	5
	B. Notas sobre el proyecto de artículo 17	6-50
II.	Proyecto de disposición sobre el reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares (para insertar provisionalmente como nuevo artículo 17 *bis* en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional)	51-62
	A. Texto del proyecto de artículo 17 *bis*	51
	B. Notas sobre el proyecto de artículo 17 *bis*	52-62
III.	Proyecto de disposición sobre las medidas cautelares dictadas por un tribunal en apoyo del arbitraje (para insertar provisionalmente como nuevo artículo 17 *ter* en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional)	63-64
	A. Texto del proyecto de artículo 17 *ter*	63
	B. Notas sobre el proyecto de artículo 17 *ter*	64
IV.	Posibles opciones sobre la forma en que cabría presentar, en la Ley Modelo, las disposiciones actuales y las revisadas	65-74
	A. Estructuración de las disposiciones revisadas	67-68
	B. Lugar de inserción de las disposiciones revisadas en la Ley Modelo	69-73
	C. Material explicativo	74

Introducción

1. En su 40º período de sesiones (Nueva York, 23 a 27 de febrero de 2004), el Grupo de Trabajo examinó el proyecto de artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante, "la Ley Modelo") relativo a la facultad de un tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares, que se basa en un proyecto recogido en el documento A/CN.9/WG.II/WP.128, y estudió diversas propuestas de revisión de dicho artículo. En el párrafo 4 del documento A/CN.9/WG.II/WP.131 figura una versión revisada del proyecto de artículo 17 en la que se tienen en cuenta las deliberaciones mantenidas y las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo en su 40º período de sesiones. En su 41º período de sesiones, el Grupo de Trabajo tomó nota de un texto propuesto por una delegación como posible variante del proyecto de artículo 17 (A/CN.9/569, párr. 22)[1].

2. En sus períodos de sesiones 41º (Viena, 13 a 17 de septiembre de 2004) y 42º (Nueva York, 10 a 14 de enero de 2005), el Grupo de Trabajo examinó el texto del párrafo 7) del proyecto de artículo 17 relativo a los mandatos preliminares, basándose en proyectos preparados por la Secretaría (reproducidos en los documentos A/CN.9/WG.II/WP.131, párr. 4, y A/CN.9/WG.II/WP.134, respectivamente). El Grupo de Trabajo recordó que el párrafo 7) ya había sido objeto de anteriores debates en el Grupo de Trabajo[2]. Se señaló que la Comisión, en su 37º período de sesiones (Nueva York, 14 a 25 de junio de 2004), expresó la esperanza de que se llegara a un consenso sobre esta cuestión en el siguiente período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/59/17, párr. 58). En su 38º período de sesiones (Viena, 4 a 15 de julio de 2005), la Comisión observó que, a pesar de las grandes discrepancias manifestadas entre las delegaciones, el Grupo de Trabajo había convenido, en su 42º período de sesiones, incluir en el texto una disposición de transacción consistente en un proyecto revisado del párrafo 7) del proyecto de artículo 17. La Comisión expresó dudas acerca del valor del texto de transacción que se había propuesto, particularmente teniendo en cuenta el hecho de que no preveía la ejecución de mandatos preliminares. Algunas delegaciones también expresaron reservas por el hecho de que la inclusión de tal disposición pudiera ser contraria al principio de la igualdad de acceso de las partes al tribunal arbitral, con lo que el texto revisado de la Ley Modelo podía ser objeto de críticas (A/60/17, párr. 175). Con respecto a la estructura del proyecto de artículo 17, una delegación propuso que la cuestión de los mandatos preliminares se tratara en otro artículo, a fin de facilitar la aprobación del proyecto de artículo 17 por los Estados que no desearan adoptar disposiciones relativas a dichos mandatos (A/60/17, párr. 176).

3. En su 42º período de sesiones (Nueva York, 10 a 14 de enero de 2005), el Grupo de Trabajo examinó un proyecto de disposición relativo al reconocimiento y a la ejecución de medidas cautelares (numerado provisionalmente artículo 17 *bis*),

---

[1] Para consultar anteriores deliberaciones sobre el proyecto de artículo 17, véanse los siguientes documentos: A/CN.9/545, párrs. 19 a 92; A/CN.9/523, párrs. 15 a 76; A/CN.9/508, párrs. 51 a 94; A/CN.9/487, párrs. 64 a 87; A/CN.9/485, párrs. 78 a 106; y A/CN.9/468, párrs. 60 a 87.

[2] Para consultar anteriores deliberaciones sobre el párrafo 7) del proyecto de artículo 17, véanse los siguientes documentos: A/CN.9/569, párrs. 12 a 72; A/CN.9/547, párrs. 109 a 116; A/CN.9/545, párrs. 49 a 92; A/CN.9/523, párrs. 15 a 76; A/CN.9/508, párrs. 77 a 79; A/CN.9/487, párrs. 69 a 76; A/CN.9/485, párrs. 89 a 94; y A/CN.9/468, párr. 70.

que se reproduce en el párrafo 46 del documento A/CN.9/WG.II/WP.131[3]. El Grupo de Trabajo también mantuvo un intercambio de opiniones sobre un posible proyecto de disposición en virtud del cual los tribunales estatales estuvieran facultados para dictar medidas cautelares en apoyo del arbitraje (numerado provisionalmente artículo 17 *ter*), basando su debate en las variantes que se reproducían en el párrafo 42 del documento A/CN.9/WG.II/WP.125[4].

4. A fin de facilitar la reanudación de los debates, en la presente nota se enuncian las nuevas versiones revisadas de los proyectos de artículo 17, 17 *bis* y 17 *ter* de la Ley Modelo, que figuran en las partes I, II y III de dicha nota, respectivamente. La parte IV contiene propuestas de la Secretaría sobre la cuestión de la forma en que las disposiciones actuales y las disposiciones revisadas podrían presentarse en la Ley Modelo, con posibles variantes que se someten al examen del Grupo de Trabajo, tal como éste pidió en su 42º período de sesiones (A/CN.9/573, párr. 99).

Parte I

Proyecto de artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional relativo a la facultad de un tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares

A. Texto del proyecto de artículo 17

5. En el texto que figura a continuación se recoge una nueva versión revisada del proyecto de artículo 17 de la Ley Modelo (en adelante, "el proyecto de artículo 17"). Los párrafos 1) a 6 *bis*) del proyecto de artículo 17 se basan en las deliberaciones mantenidas y en las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo en su 40º período de sesiones (A/CN.9/547, párrs. 68 a 116). El párrafo 7) del proyecto de artículo 17 se basa en las deliberaciones mantenidas y decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo en su 42º período de sesiones (A/CN.9/573, párrs. 11 a 69). El nuevo texto revisado del proyecto de artículo 17 es el siguiente:

> "1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de una de ellas, otorgar medidas cautelares.
>
> 2) Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene a una de las partes que:
>
> a) Mantenga o restablezca el statu quo en espera de que se dirima la controversia;

---

[3] Para consultar anteriores deliberaciones sobre el proyecto de artículo 17 *bis*, véanse los siguientes documentos: A/CN.9/545, párrs. 93 a 112; A/CN.9/524, párrs. 16 a 75; A/CN.9/523, párrs. 78 a 80; A/CN.9/487, párrs. 76 a 87; A/CN.9/485, párrs. 78 a 103; y A/CN.9/468, párrs. 60 a 79.

[4] Para consultar anteriores deliberaciones sobre el proyecto de artículo 17 *ter*, véanse los siguientes documentos: A/CN.9/524, párrs. 76 a 78; A/CN.9/523, párr. 77; A/CN.9/WG.II/WP.125, párr. 44; A/CN.9/WG.II/WP.119, párrs. 19 a 33, 37 a 40, 44 a 48 y 75 a 82.

b) Adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente [o el menoscabo del propio procedimiento arbitral], o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente lo ocasionarían;

c) Ofrezca algún medio de preservar ciertos bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o

d) Preserve ciertos elementos de prueba que pudieran ser de interés o de importancia para resolver la controversia.

3) El demandante de la medida cautelar deberá aportar al tribunal arbitral pruebas convincentes de que:

a) De no otorgarse la medida cautelar, es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante un mandato de indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser ésta otorgada; y

b) Existe una posibilidad razonable de que prospere la demanda, del demandante de la medida, sobre el fondo del litigio, siempre y cuando toda determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgue en modo alguno la determinación final subsiguiente a que pueda llegar dicho tribunal.

4) El tribunal arbitral podrá exigir del demandante de la medida cautelar o de toda otra parte interesada que preste una caución adecuada respecto de la medida demandada.

5) El demandante deberá dar a conocer sin tardanza todo cambio importante que se produzca en las circunstancias que motivaron que se demandara la medida cautelar o que el tribunal arbitral la otorgara.

6) El tribunal arbitral podrá, en todo momento, modificar, suspender o levantar toda medida cautelar que haya otorgado cuando lo solicite una de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación de las partes.

6 *bis*) El demandante de la medida cautelar será responsable de todo gasto, daño o perjuicio que dicha medida ocasione a la parte contra la que sea aplicable, siempre que el tribunal arbitral determine ulteriormente que, en las circunstancias del caso, no debería haberse otorgado la medida. El tribunal arbitral podrá exigir en cualquier momento de las actuaciones el pago de costas o de una indemnización.

7) a) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el demandante podrá presentar una demanda al respecto sin notificarla a dicha parte y solicitar un mandato preliminar del tribunal arbitral por el que se ordene a tal parte que no frustre la finalidad de la medida demandada.

b) Las disposiciones de los párrafos 3), 5), 6) y 6 *bis*) del presente artículo relativas a las medidas cautelares podrán ser también aplicables a todo mandato preliminar que el tribunal arbitral pueda emitir con arreglo al presente párrafo.

c) El tribunal arbitral podrá emitir un mandato preliminar siempre que concluya que existe un riesgo justificado de que se frustre la finalidad del mandato preliminar solicitado cuando su revelación previa a la parte contra la que vaya dirigida pueda frustrar tal finalidad.

d) Inmediatamente después de haberse pronunciado sobre la procedencia de la solicitud del mandato preliminar, el tribunal arbitral notificará a la parte contra la que se haya solicitado el mandato preliminar la demanda de la medida cautelar, la solicitud del mandato preliminar, el mandato preliminar en sí, de ser éste otorgado, así como toda otra comunicación, incluido el contenido de toda comunicación verbal entre cualquiera de las partes y el tribunal arbitral al respecto.

e) Al mismo tiempo, el tribunal arbitral dará a la parte contra la que vaya dirigido el mandato preliminar la oportunidad de exponer sus argumentos en el plazo más breve que resulte factible. El tribunal arbitral adoptará su decisión a la mayor brevedad, según lo exijan las circunstancias.

f) Todo mandato preliminar emitido con arreglo a lo previsto en el presente párrafo expirará al término de un plazo de veinte días a partir de la fecha en que el tribunal arbitral lo haya emitido. No obstante, el tribunal arbitral podrá dictar una medida cautelar por la que adopte o modifique el mandato preliminar una vez que la parte contra la que éste vaya dirigido haya sido notificada y haya tenido la oportunidad de hacer valer sus argumentos.

g) El tribunal arbitral exigirá una caución a la parte demandante en relación con el mandato preliminar, a menos que dicho tribunal lo considere inapropiado o innecesario.

h) En tanto que la parte que vaya a ser afectada por el mandato no haya podido hacer valer sus argumentos ante el tribunal arbitral, el demandante estará siempre obligado a informar al tribunal arbitral de toda nueva circunstancia que éste pueda considerar pertinente para determinar si otorgará o no un mandato preliminar."

B. Notas sobre el proyecto de artículo 17

Párrafo 1)

6. En el 40º período de sesiones del Grupo de Trabajo, se adoptó el texto del párrafo 1) tal como figuraba en el párrafo 68 del documento A/CN.9/547 (A/CN.9/547, párr. 69)[5].

7. En el 41º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/569, párr. 22), se formuló la propuesta de agregar, a final del párrafo 1 las palabras "o modificarlas", de modo que el párrafo diría lo siguiente:

"Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de una de ellas, otorgar medidas cautelares o modificarlas".

Esta propuesta no fue examinada por el Grupo de Trabajo.

[5] A/CN.9/569, párr. 22; A/CN.9/545, párr. 20; A/CN.9/523, párr. 34; y A/CN.9/508, párrs. 52 a 54.

Párrafo 2)[6]

Texto del encabezamiento - "otorgada en forma o no de laudo"

8. Tras deliberar sobre la forma que debería adoptar toda medida cautelar otorgada por un tribunal arbitral, el Grupo de Trabajo reafirmó su decisión de no modificar el texto del encabezamiento del párrafo 2) (A/CN.9/547, párrs. 70 a 72). Se sugirió que todo texto explicativo que se preparara más adelante, tal vez en forma de una guía para la promulgación del proyecto de artículo 17, indicara claramente que los términos empleados, al hablar de la forma que podría adoptar una medida cautelar, no debían ser entendidos en el sentido de que expresaran parecer alguno respecto del punto controvertido de si se había o no de ordenar una medida cautelar en forma de laudo para que pudiera ser objeto de ejecución judicial con arreglo a lo dispuesto en la Convención de Nueva York (A/CN.9/547, párr. 72)[7].

Apartado a)

9. El apartado a) se reproduce sin modificación alguna respecto del texto anterior del proyecto de artículo que se recoge en el párrafo 68 del documento A/CN.9/547.

Apartado b) - Interdicción de toda otra actuación procesal

10. El proyecto de apartado b) refleja la decisión del Grupo de Trabajo de que, en aras de la claridad, se facultara expresamente al tribunal arbitral para dictar interdictos de toda otra actuación procesal concurrente y que con tal propósito se intercalara después de la palabra "inminente" la expresión "o el menoscabo del propio procedimiento arbitral". Ahora bien, por las razones esgrimidas en el párrafo 6 *supra*, se convino en que se colocara dicho texto entre corchetes para ser examinado en algún período de sesiones ulterior (A/CN.9/547, párr. 83).

Apartado c) - [preliminar]; [garantizar] [preservar]

11. Se ha suprimido el término "preliminar" por razón de que resultaba confuso y no añadía nada al significado de la disposición (A/CN.9/547, párr. 73; véase el examen anterior del tema en el párrafo 26 del documento A/CN.9/545) y se retuvo el término "preservar", en vez de "garantizar", dado que este último término podría ser entendido como referido a algún método particular de proteger los bienes (A/CN.9/547, párr. 74)[8].

Apartado d)

12. El apartado d) se reproduce sin modificación alguna respecto del texto anterior del proyecto de artículo que se recoge en el párrafo 68 del documento A/CN.9/547.

---

[6] A/CN.9/545, párrs. 21 a 27; A/CN.9/523, párrs. 35 a 38; A/CN.9/508, párrs. 64 a 76.
[7] A/CN.9/523, párr. 36; A/CN.9/508, párrs. 65 a 68.
[8] A/CN.9/545, párr. 26.

Párrafo 3)[9]

Apartado a) - su interacción con el párrafo 2)

13. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si los requisitos generales enunciados en el párrafo 3) son adecuados para todos los tipos de medidas cautelares enumeradas en el párrafo 2). Cabe recordar que, en el 40º período de sesiones del Grupo de Trabajo se sostuvo, por ejemplo, que no sería apropiado exigir en todas las circunstancias que una parte que solicitara una medida cautelar para preservar las pruebas conforme al apartado d) del párrafo 2) demostrara necesariamente que se produciría un daño excepcional si no se dictaba la medida cautelar ni, por lo demás, exigir de dicha parte requirente que cumpliera los estrictos requisitos establecidos en el párrafo 3) (A/CN.9/547, párr. 91).

14. En el 41º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/569, párr. 22), una delegación propuso que, al principio del párrafo 3, se insertarán las siguientes palabras introductorias: "Salvo en relación con la medida mencionada en el apartado d) del párrafo 2)", de modo que el encabezamiento del párrafo 3 diría lo siguiente:

> "Salvo con respecto a la medida mencionada en el apartado d) del párrafo 2), el demandante de la medida cautelar deberá aportar al tribunal pruebas convincentes de que:"

Esta propuesta no fue examinada por el Grupo de Trabajo.

Apartado a) - Interacción con el párrafo 2) b)

15. En el 40º período de sesiones del Grupo de Trabajo, una delegación opinó que la referencia a "daño" en el apartado a) del párrafo 3) podría prestarse a una confusión con los términos "daño actual o inminente", en el apartado b) del párrafo 2), creando así el riesgo de que se interpretara que los criterios enunciados en el párrafo 3) eran solo aplicables a las medidas otorgadas a los fines del apartado b) del párrafo 2) (A/CN.9/547, párr. 90). Sin embargo, se estima que la amplia definición de "medidas cautelares" en el párrafo 2) no entra en conflicto con la necesidad de que una parte que solicite una medida cautelar pruebe la existencia de un "daño no resarcible adecuadamente mediante un mandato de indemnización" (véase A/CN.9/WG.II/WP.l23, párr. 15)[10].

Apartado a) - "daño irreparable"

16. El apartado a) sigue la propuesta formulada por el Grupo de Trabajo de sustituir las palabras "daño irreparable" por las palabras "daño no resarcible adecuadamente mediante un mandato de indemnización" (A/CN.9/547, párr. 89). Se argumentó que con esa propuesta se pretendía soslayar el inconveniente de que el concepto de daño irreparable podía crear un límite difícil de superar y que, en cambio, con las palabras sugeridas se definía con mayor claridad el poder discrecional de que gozaba un tribunal arbitral a la hora de decidir si debía otorgar o

---

[9] A/CN.9/569, párr. 22; A/CN.9/545, párrs. 28 a 32; A/CN.9/523, párrs. 39 a 44; A/CN.9/508, párrs. 55 a 58.

[10] A/CN.9/523, párr. 42.

no una medida cautelar (A/CN.9/547, párrs. 84 a 89)[11]. En su 40º período de sesiones, el Grupo de Trabajo se declaró preocupado por el hecho de que la disposición pudiera interpretarse de forma muy restrictiva, llegando incluso a excluir de las medidas cautelares cualquier pérdida que pudiera resarcirse mediante un mandato de indemnización. El Grupo de Trabajo señaló también que, en la práctica actual, no era inhabitual que un tribunal arbitral otorgara una medida cautelar simplemente en circunstancias en que resultaría más complicado resarcir el daño con un mandato de indemnización. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si con la palabra "adecuadamente" se resuelven estos problemas o si, a fin de aclarar, en alguna nota explicativa que acompañe al párrafo 3), se puntualizara que el párrafo debería interpretarse de forma flexible, sopesando, por una parte, el daño que sufriría el demandante de no ser otorgada la medida cautelar y, por otra, el daño que sufriría la parte que se opone a la medida, de ser ésta otorgada.

Apartado b)

17. El apartado b) se reproduce sin modificación alguna respecto del texto anterior del proyecto de artículo que se recoge en el párrafo 68 del documento A/CN.9/547[12].

Párrafo 4)[13]

18. En el proyecto de párrafo 4) se incorpora la propuesta que hizo el Grupo de Trabajo en su 40º período de sesiones de que se reformulara el párrafo 4) en términos que no se prestaran a hacer pensar que la caución exigida constituía una condición suspensiva para otorgar una medida cautelar (A/CN.9/547, párr. 92), sino que dicho párrafo enunciaba una disposición independiente por la que se facultaba al tribunal arbitral para exigir caución en cualquier momento del procedimiento, o por la que se limitara dicha facultad al momento únicamente en que se demandara la medida cautelar (A/CN.9/547, párr. 94).

"respecto de"

19. El Grupo de Trabajo precisó que en el proyecto de párrafo 4) aprobado, las palabras "respecto de" deberían interpretarse en sentido restrictivo, a fin de que vincularan inequívocamente la medida otorgada a la caución prestada (A/CN.9/547, párr. 94).

"o"

20. En cuanto a la redacción, se indicó que sería preferible que el texto, en vez de decir "del demandante y de toda otra parte", dijera "del demandante o de toda otra parte", para dar a entender que el tribunal arbitral podría exigir caución tanto del demandante como de toda otra parte interesada, pero no de ambas a la vez (A/CN.9/547, párr. 95).

---

[11] A/CN.9/545, párr. 29; y A/CN.9/508, párr. 56.
[12] A/CN.9/545, párrs. 31 y 32.
[13] A/CN.9/545, párrs. 33 y 34; A/CN.9/523, párrs. 45 a 48; A/CN.9/508, párrs. 59 a 63.

Párrafo 5)[14]

21. En el 41º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/569, párr. 22), una delegación propuso que, al principio del párrafo 5, se insertaran las palabras "Si así lo ordena el tribunal arbitral", de modo que el texto del párrafo 5 dijera lo siguiente:

> "Si así lo ordena el tribunal arbitral, el demandante deberá dar a conocer sin tardanza todo cambio importante que se produzca en las circunstancias que motivaron que se demandara la medida cautelar o que el tribunal arbitral la otorgara".

Esta propuesta no fue examinada por el Grupo de Trabajo.

Obligación de informar

22. El enunciado del proyecto de párrafo 5) refleja la decisión del Grupo de Trabajo de que la obligación de informar se expresara de forma más neutral a fin de evitar que se infiriera que el párrafo excluía la obligación dimanante del párrafo 3) del artículo 24 de la Ley Modelo (A/CN.9/547, párrs. 97 y 98)[15].

Sanción por incumplimiento

23. Se recuerda que el Grupo de Trabajo convino en que no era necesario prever expresamente una sanción en el párrafo 5) en el supuesto de incumplimiento de la obligación de informar de todo cambio importante en las circunstancias que dieron lugar a que se otorgara una medida cautelar en el párrafo 6), ya que en cualquier caso la sanción habitual de todo incumplimiento de tal obligación era la suspensión o revocación de la medida, o la indemnización de los daños y perjuicios causados (A/CN.9/547, párrs. 99 y 100)[16].

Párrafo 6)[17]

"que haya otorgado"

24. Se han mantenido las palabras "que haya otorgado" sin corchetes para subrayar que el tribunal arbitral solo podrá modificar o revocar las medidas cautelares otorgadas por el propio tribunal (A/CN.9/547, párrs. 102 a 104).

25. En el 41º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/569, párr. 22) se formuló otra propuesta, consistente en que se suprimiera el párrafo 6), que no se examinó.

Párrafo 6 *bis*)

26. A fin de facilitar las deliberaciones sobre el apartado 6 *bis*), la Secretaría había preparado una nota (A/CN.9/WG.II/WP.127) con información recibida de los Estados acerca del régimen de la responsabilidad aplicable con arreglo al derecho interno a las medidas cautelares. Se observó que, a la luz de las normas legales

---

[14] A/CN.9/545, párrs. 44 a 48; y A/CN.9/523, párr. 49.
[15] A/CN.9/454, párr. 45.
[16] A/CN.9/523, párr. 49.
[17] A/CN.9/454, párrs. 35 a 43; A/CN.9/523, párrs. 50 a 52.

citadas en dicho documento, cabía deducir que el derecho interno no distinguía entre las medidas otorgadas "*ex parte*", o sin escuchar a la parte afectada, y las otorgadas tras haber escuchado a las dos partes, en lo referente al régimen de la responsabilidad aplicable. Se sugirió, por ello, que dicho párrafo dejara de figurar entre corchetes y que el Grupo de Trabajo estudiara la forma de mejorar su texto (A/CN.9/547, párr. 105)[18].

27. El proyecto de párrafo 6 *bis*) condensa la propuesta aprobada por el Grupo de Trabajo en su 40º período de sesiones (A/CN.9/547, párrs. 106 a 108) y expresa su parecer de que el fallo resolutorio en cuanto al fondo del litigio no debería ser el factor esencial para determinar si la medida cautelar otorgada estaba o no justificada.

28. Se convino asimismo en que en todo texto explicativo del párrafo 6 *bis*) que se publicara, se pusiese en claro que la referencia en dicho texto a las "actuaciones" se refería al procedimiento arbitral y no a alguna otra actuación entablada relativa a la medida cautelar (A/CN.9/547, párr. 108).

29. En el 41º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/569, párr. 22), una delegación propuso que se sustituyeran las palabras "no debería haberse otorgado la medida" por las palabras "la medida estaba injustificada, de modo que el texto del párrafo 6 *bis* dijera:

> "El demandante de la medida cautelar será responsable de todo gasto, daño o perjuicio que dicha medida ocasione a la parte contra la que sea aplicable, siempre que el tribunal arbitral determine ulteriormente que, en las circunstancias del caso, la medida cautelar no estaba justificada. El tribunal arbitral podrá exigir en cualquier momento de las actuaciones el pago de costas o de una indemnización".

Párrafo 7

30. En sus períodos de sesiones 41º (Viena, 13 a 17 de septiembre de 2004) y 42º (Nueva York, 10 a 14 de enero de 2005), el Grupo de Trabajo examinó en detalle el texto del párrafo 7) del proyecto de artículo 17, relativo a la facultad de un tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares dictadas *ex parte*. En el proyecto de artículo 17 se utiliza habitualmente la expresión "mandato preliminar" para referirse a toda medida cautelar dictada *ex parte*.

31. A pesar de las amplias divergencias, el Grupo de Trabajo convino en incluir el proyecto revisado del párrafo 7) en el proyecto de artículo 17 sobre la base de los principios de que sería aplicable, salvo estipulación en contrario de las partes, en que se pusiera en claro que el mandato preliminar tendría el alcance de una mera providencia y no de un laudo, en que el artículo 17 *bis* no previera vía ejecutoria alguna para el mandato preliminar, y en que no se insertara nota de pie de página alguna para explicar su contenido (A/CN.9/573, párr. 27).

32. El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que, en el 38º período de sesiones de la Comisión, una delegación propuso que, respecto de la estructura del proyecto de artículo 17, convendría que la cuestión de los mandatos preliminares se tratara en otro artículo a fin de facilitar la aprobación del proyecto de artículo 17 por

---

[18] A/CN.9/545, párrs. 48, 60 y 61, 64 a 66; y A/CN.9/524, párrs. 32 a 34.

los Estados que no desearan adoptar disposiciones relativas a dichos mandatos (A/60/17, párr. 76). Asimismo, se sostuvo que, de insertarse el párrafo 7) en el texto del proyecto de artículo 17, debería redactarse de tal modo que adoptara la forma de una disposición de adhesión, que solo fuera aplicable cuando las partes hubieran convenido expresamente en su aplicación (A/60/17, párr. 175).

33. Asimismo, el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si las medidas cautelares ordenadas a instancia de parte por un tribunal arbitral tendrían aún algún valor práctico para los profesionales del derecho si el texto revisado de la Ley Modelo no les diera ejecutabilidad. A este respecto, el Grupo de Trabajo tal vez desee recordar que se observó, en el 36º período de sesiones del Grupo de Trabajo, que en determinados países en que el sistema judicial experimentaría dificultades para reaccionar con celeridad ante una solicitud de mandato preliminar, sería esencial establecer el carácter ejecutable de tales medidas cautelares cuando fueran otorgadas por un tribunal arbitral (A/CN.9/508, párr. 79).

Apartado a)

Opción de exclusión

34. Con objeto de reflejar su decisión de que se diera a las partes la opción de excluir el Grupo de Trabajo decidió mantener en el texto la expresión "salvo acuerdo en contrario de las partes" y que se suprimiera la frase "si las partes lo acuerdan expresamente" (A/CN.9/573, párr. 28). Habida cuenta de las observaciones hechas durante el 38º período de sesiones de la Comisión (véase el párrafo 32 *supra*), el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la cuestión con más detenimiento.

"se abstenga de adoptar medidas"

35. El proyecto revisado refleja la decisión del Grupo de Trabajo de sustituir la frase "se abstenga de adoptar medidas que puedan frustrar el objetivo" por la frase "no deje que se frustre el objetivo", con objeto de aclarar que la finalidad del mandato preliminar no era únicamente impedir que la parte destinataria del mandato adopte alguna medida perjudicial, sino también exigirle que adopte ciertas medidas como, por ejemplo, proteger los bienes de todo deterioro o de alguna amenaza (A/CN.9/573, párr. 29).

Apartado b)

36. Tal como convino el Grupo de Trabajo, se ha insertado la expresión "relativas a las medidas cautelares también" después de la palabra "artículo", en la inteligencia de que esa expresión aclararía que la intención del apartado b) era que las obligaciones enunciadas en los párrafos 3), 4), 5), 6), y 6 *bis*) fueran aplicables a los mandatos preliminares (A/CN.9/573, párr. 31).

Apartado c)

Facultad del tribunal arbitral para dictar un mandato preliminar

37. En el proyecto revisado se tiene en cuenta la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo de que, a fin de facultar expresamente al tribunal arbitral para dictar mandatos preliminares, se suprimiera la palabra "solo" que figura antes de

"podrá emitir" y se sustituyeran la palabras "cuando" por la expresión "siempre y cuando" (A/CN.9/573, párr. 32).

"motivos justificados para temer"

38. El Grupo de Trabajo convino en simplificar el texto existente sustituyendo la frase "existen motivos justificados para temer" por la frase "existe un temor justificado de" (A/CN.9/573, párrs. 33 y 34).

Definición del riesgo

39. Se indicó que el riesgo mencionado en el apartado c) de que la medida se viera frustrada antes de que se hubiera tenido ocasión de escuchar a todas las partes interesadas no incluía el riesgo de que el mandato preliminar se pusiera en conocimiento de la parte contra la que se había dictado, razón por la cual se propuso enmendar el apartado c) para tener en cuenta ese riesgo. En consecuencia, se sugirió que se suprimiera la frase "antes de que se haya escuchado a todas las partes interesadas". A este respecto, se señaló que era preferible utilizar la formulación del proyecto anterior del apartado a) del párrafo 7, que figuraba en el párrafo 4 del documento A/CN.9/WG.II/WP.131 y en el párrafo 12 del documento A/CN.9/569 "cuando la divulgación previa de la medida cautelar solicitada a la parte que haya de cumplirla entrañe el riesgo de que su aplicación pueda verse frustrada". En el proyecto revisado se tiene en cuenta esa sugerencia (A/CN.9/573, párr. 35).

Apartado d)

Comunicación de información

40. Se planteó el problema de que tal vez no resultara fácil cumplir el requisito de dar notificación de comunicaciones verbales a la parte contra la que estuviera dirigido el mandato preliminar. A fin de dejar claro que el tribunal arbitral estaba obligado no solo a revelar la existencia de comunicaciones verbales sino también a indicar su contenido, se han agregado, después de las palabras "toda comunicación", las palabras "incluido el contenido de toda comunicación verbal" (A/CN.9/573, párr. 37).

"se haya pronunciado sobre la procedencia del mandato solicitado"

41. En el proyecto revisado se tiene en cuenta la sugerencia de agregar, después del término "procedencia", las palabras "de la solicitud del mandato preliminar", para que la formulación sea acorde con la del apartado a) del párrafo 7 en el que se hace referencia a "una solicitud de mandato preliminar" (A/CN.9/573, párr. 38).

"la parte que vaya a verse afectada por tal mandato"

42. El Grupo de Trabajo convino en que sería más apropiado decir, en vez de "la parte que vaya a verse afectada por tal mandato", "la parte contra la que se haya demandado (o solicitado) el mandato preliminar", puesto que el tribunal se pronunciaría en favor o en contra del otorgamiento de un mandato preliminar (A/CN.9/573, párr. 39).

Notificación

43. En el proyecto revisado se puntualiza que, conforme a lo decidido por el Grupo de Trabajo, el tribunal arbitral, al recibir la solicitud de mandato preliminar, estaba obligado a dar notificación de los documentos y de la información a la otra parte (A/CN.9/573, párr. 40).

["a no ser que el tribunal arbitral ... de suceder esto antes"]

44. El Grupo de Trabajo convino en que se suprimiera el texto que figuraba entre corchetes al final del apartado d) para tener en cuenta su decisión anterior (véase el párrafo 31 *supra*) de que en la Ley Modelo no se previera nada respecto de la ejecutabilidad por vía judicial de los mandatos preliminares.

Apartado e)

Plazo

45. En el apartado e) se ha plasmado la decisión del Grupo de Trabajo de no fijar ningún plazo en horas o días. El Grupo de Trabajo convino asimismo en que posteriormente se preparara un comentario o una nota explicativa respecto del artículo 17 en el que cabría hablar de dos días como plazo para ilustrar la intención de la disposición (A/CN.9/573, párrs. 43 a 50).

Notificación

46. A fin de aclarar que la notificación debía darse, el Grupo de Trabajo convino en insertar, al principio del apartado e), las palabras "al mismo tiempo" (A/CN.9/573, párr. 51).

Apartado f)

47. A fin de evitar confusión acerca de la finalidad del apartado f), una delegación propuso una enmienda encaminada a dejar claro que, por principio, un mandato preliminar no debería tener vigencia durante más de veinte días, aunque en el mandato preliminar podría figurar alguna salvaguardia en el contexto de una medida cautelar *inter partes.* Por consiguiente, el proyecto revisado refleja la decisión del Grupo de Trabajo de invertir el orden de las dos frases del apartado f) (A/CN.9/573, párr. 58). El Grupo de Trabajo decidió además sustituir los verbos "confirmar" y "prorrogar" por "adoptar", por considerar que este verbo expresaba mejor el hecho de que el mandato preliminar debía convertirse en una medida cautelar *inter partes* (A/CN.9/573, párrs. 57 y 58).

Apartado g)

"debida caución"

48. En la versión revisada se plasma la decisión del Grupo de Trabajo de mantener en el texto el apartado g) suprimiendo, no obstante, el término "debida".

Apartado h)

Referencias cruzadas a los apartados c) y e) y nota de pie de página

49. La referencias cruzadas a los apartados c) y e) se han suprimido por estimarse que ya no eran necesarias (A/CN.9/573. párr. 65). Asimismo, tal como ha convenido el Grupo de Trabajo, se ha suprimido la nota de pie de página por considerarse que era innecesaria y porque, a juicio del Grupo de Trabajo, la mención de unas "condiciones menos onerosas" era poco afortunada tratándose de una obligación de informar (A/CN.9/573, párr. 68).

"la parte que vaya a verse afectada por el mandato"

50. Una delegación propuso y se convino en que se sustituyeran las palabras "que vaya a ser afectada por el mandato", después de las palabras "en tanto que la parte", por las palabras "contra la que se haya solicitado el mandato", a fin de dejar claro que la obligación de informar que corresponde al demandante existía desde el momento en que se presentara la demanda de un mandato preliminar, y no a partir del momento en que el tribunal arbitral se pronunciara al respecto (A/CN.9/573, párr. 67).

Parte II

Proyecto de disposición sobre el reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares (para insertar provisionalmente como nuevo artículo 17 *bis* en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional)

A. Texto del proyecto de artículo 17 *bis*

51. En el texto que figura a continuación se enuncia una nueva versión revisada del artículo 17 *bis* de la Ley Modelo (en adelante, "el proyecto de artículo 17 *bis*"), que se ha elaborado sobre la base de las deliberaciones mantenidas y de las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo en su 42º período de sesiones (A/CN.9/573, párrs. 70 a 89):

> "1) Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral se reconocerá como vinculante y, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, será ejecutada al ser demandada ante el foro judicial competente, cualquiera que sea el país en donde haya sido ordenada, y a reserva de lo dispuesto en el presente artículo*.

---

* Las condiciones enunciadas en el presente artículo tienen por objeto limitar el número de circunstancias en las que un foro judicial podrá denegar la ejecución de una medida cautelar. No se menoscabará en nada el objetivo de armonización que se intenta lograr con estas disposiciones modelo si un Estado prevé en ellas menos supuestos en los que pueda denegarse la ejecución de una medida cautelar.

2) Dicho foro judicial podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar únicamente:

a) si, al actuar a instancia de la parte afectada por la medida, el foro judicial está convencido de que:

i) dicha denegación está justificada por alguno de los motivos enunciados en los incisos i), ii), iii) o iv) del apartado a) del párrafo 1) del artículo 36; o

ii) no se ha cumplido la decisión del tribunal arbitral sobre la prestación de la caución que corresponda a la medida cautelar otorgada por el tribunal arbitral; o

iii) la medida cautelar ha sido revocada o suspendida por el tribunal arbitral o, caso de que esté facultado para hacerlo, por un foro judicial del Estado en donde, se tramite el procedimiento de arbitraje o conforme a cuyo derecho dicha medida se otorgó; o

b) Si, el foro judicial llega a la conclusión de que:

i) la medida cautelar es incompatible con las facultades que se le confieren, a menos que dicho foro decida reformular la medida para ajustarla a sus propias facultades y procedimientos a efectos de poderla ejecutar sin modificar su contenido; o bien de que

ii) alguno de los motivos de denegación enunciados en los incisos i) o ii) del apartado b) del párrafo 1) del artículo 36 es aplicable al reconocimiento o la ejecución de la medida demandada.

3) Toda determinación a la que llegue el foro judicial respecto de cualquier motivo enunciado en el párrafo 2) del presente artículo será únicamente aplicable para los fines de la solicitud de reconocimiento y ejecución de la medida cautelar. El foro judicial al que se solicite el reconocimiento o la ejecución no podrá emprender, en el ejercicio de dicho cometido, una revisión del contenido de la medida cautelar.

4) La parte que demande o haya obtenido el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar informará sin demora al foro judicial de toda revocación, suspensión o modificación que se ordene de dicha medida.

5) El foro judicial ante el que sea demandado el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar podrá, si lo considera oportuno, exigir del demandante que preste una caución adecuada, salvo que el tribunal arbitral haya exigido ya dicha caución, o cuando esa caución sea necesaria para proteger los derechos de terceros.

[6) Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral conforme a pautas sustancialmente equivalentes a las enunciadas en el párrafo 7) del artículo 17, no será judicialmente ejecutable.]”

B. Notas sobre el proyecto de artículo 17 *bis*

Párrafo 1[19]

52. El Grupo de Trabajo adoptó sin cambios el párrafo 1 (A/CN.9/573, párr. 71).

Párrafo 2[20]

Inciso i) del apartado a) (incisos i) y ii) del apartado a) del anterior proyecto, que figuraba en el documento A/CN.9/WG.II/WP.131)

53. El proyecto refleja la decisión del Grupo de Trabajo de mantener en el texto las palabras "dicha denegación está justificada por alguno de los motivos" y de combinar los incisos i) y ii) del apartado a) del proyecto anterior (A/CN.9/573, párr. 74).

Inciso ii) del apartado a) (inciso iii) del apartado a) del anterior proyecto, que figuraba en el documento A/CN.9/WG.II/WP.131)

54. Se han sustituido las palabras "el requisito de prestar la caución que corresponda" por las palabras "la decisión del tribunal arbitral sobre la prestación de caución", a fin de dar a entender mejor que el tribunal arbitral dispone de un poder discrecional para no exigir caución o que la caución puede haber sido ordenada y puede haberse aplazado su prestación (A/CN.9/573, párr. 76).

Inciso iii) del apartado a) (inciso iv) del apartado a) del anterior proyecto, que figuraba en el documento A/CN.9/WG.II/WP.131)

[o conforme a cuyo derecho dicha medida se otorgó] [se tramite el procedimiento de arbitraje]

55. A fin de armonizar el inciso iii) del apartado a) del párrafo 2) del proyecto de artículo 17 *bis* y el inciso v) del apartado a) del párrafo 1) del artículo 36 de la Ley Modelo, se ha decidido mantener los dos textos entre corchetes que figuraban en el proyecto anterior, aunque invirtiendo su orden (A/CN.9/573, párr. 79).

Apartado b), inciso i)

56. Se han sustituido las palabras "las facultades que la ley le confiere" por las palabras "las facultades que se le confieren", en el inciso i) del apartado b), dado que el Grupo de Trabajo convino en que las palabras "la ley" podrían interpretarse erróneamente, dando a entender que un tribunal podría actuar con arreglo a otra ley que no fuera la ley del foro (A/CN.9/573, párr. 82).

Apartado b), inciso ii)

57. El Grupo de Trabajo adoptó sin cambios el contenido del inciso ii) del apartado b) (A/CN.9/573, párr. 83).

---

[19] A/CN.9/545, párrs. 95 a 102; y A/CN.9/524, párrs. 32 a 34 y 64 a 66.

[20] A/CN.9/545, párrs. 103 a 110; y A/CN.9/524, párrs. 35 a 39, 42 a 52 y 57 a 63.

Párrafo 3)[21]

58. Cabe recordar que el Grupo de Trabajo tomó nota de diversas propuestas relativas al párrafo 3), que habrían de examinarse en el contexto del proyecto de artículo 17 *ter*. Por falta de tiempo, el Grupo de Trabajo no volvió a estudiarlas. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar más detenidamente esas propuestas, que se recogen en el párrafo 84 del documento A/CN.9/573.

Párrafo 4)[22]

59. El Grupo de Trabajo adoptó sin cambios el contenido del párrafo 4) (A/CN.9/573, párr. 85).

Párrafo 5)[23]

60. El párrafo 5 revisado pretende aclarar la intención del texto de que el tribunal puede exigir de una parte requirente que preste caución si estima que tal medida es apropiada y si el propio tribunal no ha dictado ya una orden de prestar caución o si tal orden es necesaria para proteger los derechos de terceros (A/CN.9/573, párr. 86). Según se convino, la palabra "orden", u "ordenar", que figura dos veces en el párrafo 5) del proyecto anterior, se ha sustituido por el verbo "exigir" o por el sustantivo "decisión", a fin de no limitar el efecto de la disposición a las providencias procesales (A/CN.9/573, párr. 86).

Párrafo 6)[24]

Mandatos preliminares y ejecución

61. Consecuente con su anterior decisión de que un mandato preliminar no sería judicialmente ejecutable, el Grupo de Trabajo convino en suprimir el párrafo 6) (A/CN.9/573, párr. 87).

62. El Grupo de Trabajo pasó a examinar la cuestión de si en el proyecto de artículo 17 *bis* debería o no figurar una declaración expresa conforme a la cual el proyecto de artículo no sería aplicable a los mandatos preliminares. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en pedir a la Secretaría que preparara un proyecto de párrafo, que se insertaría en el artículo 17 *bis*, y que se basara en el principio de que los mandatos preliminares no eran ejecutables por vía judicial, procurando al mismo tiempo encontrar una fórmula que no menoscabe el carácter vinculante del mandato preliminar (A/CN.9/573, párrs. 87 a 89).

---

[21] A/CN.9/524, párrs. 40, 41 y 55 y 56.
[22] A/CN.9/524, párrs. 67 a 71.
[23] A/CN.9/524, párrs. 72 a 75.
[24] A/CN.9/545, párr. 111.

Parte III

Proyecto de disposición sobre las medidas cautelares dictadas por un tribunal en apoyo del arbitraje (para insertar provisionalmente como nuevo artículo 17 *ter* en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional[25])

A. Texto del proyecto de artículo 17 *ter*

63. En el texto que figura a continuación se enuncia la nueva versión revisada del artículo 17 *ter* de la Ley Modelo (en adelante, "el proyecto de artículo 17 *ter*"), que se basa en las deliberaciones mantenidas y en las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo en su 42º período de sesiones (A/CN.9/573, párrs. 90 a 95). El nuevo texto revisado es el siguiente:

> "El tribunal tendrá la misma competencia para dictar medidas cautelares a fin de facilitar actuaciones arbitrales y en relación con éstas que la que ejerce con objeto de facilitar actuaciones judiciales y en relación con éstas, y ejercerá dicha competencia de conformidad con sus propias normas y procedimientos en la medida en que éstos sean aplicables, habida cuenta de las características específicas de un arbitraje internacional".

B. Notas sobre el proyecto de artículo 17 *ter*

64. Se recuerda que, tras deliberar, el Grupo de Trabajo adoptó la variante 1 del proyecto de artículo 17 *ter*, tal como figuraba en el párrafo 42 del documento A/CN.9/WG.II/WP.125 (A/CN.9/573, párr. 95).

Parte IV

Posibles opciones sobre la forma en que cabría presentar, en la Ley Modelo, las disposiciones actuales y las revisadas

65. En su 42º período de sesiones, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que estudiara la forma en que cabría presentar las disposiciones actuales y las revisadas y que para ello propusiera posibles variantes que el propio Grupo de Trabajo pudiera examinar en un futuro período de sesiones (A/CN.9/573, párr. 99).

66. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar dos cuestiones relacionadas con la forma en que cabría presentar las actuales disposiciones y las disposiciones revisadas. La primera de ellas se refiere a la estructuración de las disposiciones y la segunda, al lugar en que habrían de insertarse en el texto de la Ley Modelo.

---

[25] A/CN.9/573, párrs. 90 a 95; A/CN.9/524, párrs. 76 a 78; y A/CN.9/523, párr. 77.

A. Estructuración de las disposiciones revisadas

1) Lugar en que cabría insertar la definición

67. El párrafo 2) del artículo 17 contiene una definición de las medidas cautelares. Una de las posibilidades consistiría en insertar esa definición en el artículo 2 de la Ley Modelo, que se refiere a las definiciones y reglas de interpretación de dicha Ley. Esta posibilidad simplificaría la redacción del artículo 17. No obstante, el Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse la posibilidad de que la definición de "medidas cautelares", que actualmente figura en el párrafo 2) del artículo 17 y que es aplicable a las medidas cautelares otorgadas por tribunales arbitrales, debería reformularse de modo que fuera también aplicable a las medidas cautelares dictadas por tribunales judiciales en virtud del artículo 9 y del artículo 17 *ter* de la Ley Modelo.

2) Mandatos preliminares

68. En su 38º período de sesiones, se presentó a la Comisión una propuesta conforme a la cual la cuestión de los mandatos preliminares fuera regulada en otro artículo, a fin de facilitar la aprobación del proyecto de artículo 17 por los Estados que no desearan adoptar disposiciones relativas a los mandatos preliminares (A/60/17, párr. 176). De ser aceptada esta propuesta por el Grupo de Trabajo, éste podría estudiar, para la presentación de ese nuevo artículo, las siguientes opciones:

- Inclusión del artículo relativo a los mandatos preliminares después del artículo 17, con la consiguiente renumeración de los artículos 17 *bis* y 17 *ter*; o
- Ante las amplias divergencias manifestadas durante los debates sobre esta cuestión, el Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse la posibilidad de que el artículo figure como nota de pie de página, por ejemplo, de un modo similar a como se adjuntó el artículo X al artículo 4 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional.

B. Lugar de inserción de las disposiciones revisadas en la Ley Modelo

69. Sobre el lugar en que cabría insertar las disposiciones revisadas en el texto de la Ley Modelo, podrían estudiarse varias opciones, a saber:

1) Inserción de las disposiciones revisadas en el capítulo IV o IV bis *de la Ley Modelo*

70. La primera opción consistiría en sustituir el actual artículo 17 por las disposiciones revisadas sobre las medidas cautelares e insertar los artículos 17, 17 *bis* y17 *ter* en el actual capítulo IV de la Ley Modelo. Esta opción sería ventajosa por su simplicidad. No obstante, cabe señalar que, si bien el artículo IV regula la jurisdicción del tribunal arbitral, los artículos 17 *bis* y 17 *ter* se refieren a la intervención del foro judicial, por lo que convendría insertarlas en un nuevo capítulo.

71. Si se introdujera en el proyecto un nuevo capítulo titulado "Medidas cautelares" (que podría pasar a ser el capítulo IV *bis*) en el que se insertaran los artículos 17 a 17 *ter*, tal vez sería conveniente indicar la fecha en que dicho capítulo fue adoptado

por la Comisión. Para el artículo 5 *bis* de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico se siguió una pauta similar. Al indicarse la fecha en que el capítulo fue adoptado por la Comisión, los Estados promulgantes sabrían por qué razón el estilo de redacción de las disposiciones revisadas difiere de las demás disposiciones de la Ley Modelo. Si el Grupo de Trabajo conviniera en crear un nuevo capítulo, el actual capítulo IV contendría únicamente el artículo 16, por lo que habría que estudiar la cuestión de si deberían o no renumerarse tanto los capítulos como los artículos de la Ley Modelo.

2) Inserción de las disposiciones revisadas como texto auxiliar de la Ley Modelo

72. Otra opción consistiría en insertar las disposiciones revisadas referentes a las medidas cautelares en una nota de pie de página bajo el actual artículo 17 o en un anexo de la Ley Modelo. En tal caso, convendría agregar explicaciones para aclarar que debería considerarse que las disposiciones revisadas habrían de considerarse enmiendas que sustituían las actuales disposiciones sobre las medidas cautelares. Esta opción tendría la ventaja de que con ella se evitaría tener que reestructurar la Ley Modelo. Ese anexo podría utilizarse también para insertar en él las revisiones suplementarias que pudieran hacerse en la Ley Modelo. Ahora bien, el Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse si tal presentación entrañaría el riesgo de dar la falsa impresión de que existen dos categorías de disposiciones y de que las enunciadas en el anexo tienen una importancia secundaria, mientras que las enunciadas en el texto de la propia Ley Modelo revisten mayor importancia.

3) Presentación de las disposiciones revisadas como un conjunto independiente de disposiciones legales modelo relativas a las medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional

73. La tercera opción consistiría en presentar las disposiciones revisadas sobre las medidas cautelares separadas formalmente de la Ley Modelo y formando un conjunto separado de disposiciones que regularan aspectos concretos de procedimiento del arbitraje. Podría indicarse que esas disposiciones tienen la finalidad de desarrollar el actual artículo 17 de la Ley Modelo. Esta opción tendría una ventaja para los Estados promulgantes que regularan por separado, en su legislación, las medidas cautelares y el arbitraje internacional.

C. Material explicativo

74. El Grupo de Trabajo expresó el deseo de que se preparara material explicativo referente a las disposiciones revisadas. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar diversas opciones para la presentación de dicho material. El material explicativo podría redactarse siguiendo la pauta de la actual nota explicativa que acompaña a la Ley Modelo y reemplazar el párrafo 26 de dicha nota. Otra opción radicaría en que se proporcionara a los Estados promulgantes información más detallada sobre las medidas cautelares y en que se preparara una guía legislativa sobre las disposiciones revisadas. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar detenidamente si sería apropiado preparar también una guía legislativa para las demás disposiciones de la Ley Modelo.

E. Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación acerca de la labor de su 44º período de sesiones (Nueva York, 23 a 27 de enero de 2006)

(A/CN.9/592) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1-2
II.	Organización del período de sesiones	3-9
III.	Deliberaciones y decisiones	10-11
IV.	Proyecto de disposiciones legales sobre las medidas cautelares y las órdenes preliminares	12-45
	Ubicación y estructura del capítulo IV *bis*	14
	Numeración de las disposiciones	15-45
	Artículo 17	17-20
	Artículo 17 *bis*	21
	Artículo 17 *ter*	22-24
	Artículo 17 *quater*	25-28
	Artículo 17 *quinquies*	29
	Artículo 17 *sexies*	30-31
	Artículo 17 *septies*	32
	Artículo 17 *octies*	33
	Artículo 17 *novies*	34-36
	Artículo 17 *decies*	37-39
	Artículo 17 *undecies*	40-43
	Referencia a los artículos 17 *novies*, 17 *decies* y 17 *undecies* en el párrafo 2 del artículo 1 de la Ley Modelo	44-45
V.	Proyecto de disposiciones legales sobre la forma del acuerdo de arbitraje	46-80
	La variante	47-48
	Proyecto de artículo 7 revisado	49-73
	Conciliación de los enfoques divergentes sobre la forma del acuerdo de arbitraje	74-75
	Párrafo 2 del artículo 35 de la Ley Modelo sobre el arbitraje	76-80
VI.	Texto explicativo referente a las disposiciones legales sobre las medidas cautelares, las órdenes preliminares y la forma del acuerdo de arbitraje	81

VII. Proyectos de instrumentos interpretativos referentes al párrafo 2 del artículo II y el párrafo 1 del artículo VII de la Convención de Nueva York 82-88

VIII. Posible labor futura en materia de solución de controversias comerciales 89-95

IX. Otros asuntos 96-97

Anexos

I. Disposiciones legales revisadas sobre medidas cautelares y órdenes preliminares . . . . . .

II. Disposiciones legales revisadas sobre la forma del acuerdo de arbitraje . . . . . .

III. Proyecto de declaración sobre la interpretación del párrafo 2 del artículo II y el párrafo 1 del artículo VII de la Convención de Nueva York. . . . . .

I. Introducción

1. En su 32º período de sesiones (Viena, 17 de mayo a 4 de junio de 1999), la Comisión consideró que había llegado el momento, entre otras cosas, de evaluar, en el foro universal que constituía la propia Comisión, si eran aceptables las ideas y propuestas formuladas para mejorar el régimen legal y los reglamentos y prácticas del arbitraje. La Comisión encomendó esa labor al Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) y decidió que entre las cuestiones prioritarias que se habrían de examinar figuraran la ejecutabilidad de las medidas cautelares y el requisito sobre la forma escrita del acuerdo de arbitraje, enunciado en el párrafo 2 del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante "la Ley Modelo sobre el Arbitraje") y en el párrafo 2 del artículo II de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (en adelante "la Convención de Nueva York").

2. El resumen más reciente de las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre las medidas cautelares, las órdenes preliminares y la forma del acuerdo de arbitraje figura en los párrafos 5 a 26 del documento A/CN.9/WG.II/WP.140. Se pidió a la Secretaría que preparara propuestas sobre la forma en que podrían presentarse las versiones revisadas del proyecto de artículo 17 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje, relativo a la facultad de un tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares, de un nuevo artículo de la Ley Modelo sobre el Arbitraje relativo al reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares (provisionalmente, artículo 17 *bis*) y de un nuevo artículo de la Ley Modelo sobre el Arbitraje referente a las medidas cautelares dictadas por un foro judicial (provisionalmente, artículo 17 *ter*), para que el Grupo de Trabajo las examinara en su 44º período de sesiones. Se pidió asimismo a la Secretaría que preparara una versión revisada del proyecto de artículo 7 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje, relativo a la definición y la forma del acuerdo de arbitraje, así como una nota en la que se examinara cómo han interpretado los tribunales de los Estados el requisito de forma enunciado en el párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York y en la que se analizara en qué medida el párrafo 1 del artículo VII de dicha Convención podría ayudar a modernizar el requisito de forma para los acuerdos de arbitraje, con el fin de someter esos documentos al examen del Grupo de Trabajo en su 44º período de sesiones.

II. Organización del período de sesiones

3. El Grupo de Trabajo, integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 44º período de sesiones en Nueva York del 23 al 27 de enero de 2006. Asistieron a él representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argelia, Argentina, Australia, Austria, Belarús, Bélgica, Camerún, Canadá, China, Croacia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, Guatemala, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Líbano, Madagascar, México, Nigeria, Pakistán, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, República de Corea, Sierra Leona, Singapur, Sri Lanka, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Tailandia, Túnez, Turquía, Uganda y Uruguay.

4. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Azerbaiyán, Bangladesh, Filipinas, Finlandia, Guinea, Indonesia, Iraq, Irlanda, Kirguistán, Malasia, Nueva Zelandia, Países Bajos, República Dominicana y Ucrania.

5. Estuvieron presentes también observadores de las siguientes organizaciones intergubernamentales internacionales invitadas por la Comisión: Unión Africana, Comunidad Europea, Comité consultivo sobre el artículo 2022 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y Corte Permanente de Arbitraje.

6. Asistieron asimismo al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones no gubernamentales internacionales invitadas por la Comisión: American Bar Association, Asia Pacific Regional Arbitration Group (APRAG), Asociación Árabe para el Arbitraje Internacional, Asociación de Arbitraje de los Estados Unidos, Asociación Europea de Estudiantes de Derecho (EJICA), Association of the Bar of the City of New York (ABCNY), Association Suisse de l'Arbitrage (ASA), Cámara de Comercio Internacional (CCI), Centro de Estudios Jurídicos Internacionales, Chartered Institute of Arbitrators, Club de Árbitros de la Cámara de Arbitraje de Milán, Comité Consultivo Internacional del Algodón (CCIA), Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), Forum for International Commercial Arbitration (FICA), Instituto de Derecho Internacional, Centro Regional de Arbitraje de Kuala Lumpur (KLRCA), School of International Arbitration (Universidad Queen Mary de Londres) y Unión Internacional de Abogados.

7. El Grupo de Trabajo eligió a los siguientes integrantes de la Mesa:

Presidente: Sr. José María Abascal Zamora (México);

Relator: Sr. Mostafa Dolatyar (República Islámica del Irán).

8. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición los siguientes documentos: a) el programa provisional (A/CN.9/WG.II/WP.140 y A/CN.9/WG.II/WP.140/Add.1); b) una nota de la Secretaría en la que figuraba un proyecto recientemente revisado del artículo 7 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje, preparado por la Secretaría en cumplimiento de las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo en su 36º período de sesiones (A/CN.9/WG.II/WP.136); c) una nota de la Secretaría que contenía una propuesta formulada por una delegación sobre la revisión del artículo 7 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje (A/CN.9/WG.II/WP.137 y A/CN.9/WG.II/WP.137/Add.1); d) una nota de la Secretaría relativa a la interpretación

y aplicación del requisito de la forma escrita, enunciado en el párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York (A/CN.9/WG.II/WP.139); e) una nota de la Secretaría sobre los proyectos recientemente revisados de artículos 17, 17 *bis* y 17 *ter*, para su inserción en la Ley Modelo sobre el Arbitraje, preparados por la Secretaría de conformidad con las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo en su 43º período de sesiones (A/CN.9/WG.II/WP.141); y f) el informe del Grupo de Trabajo sobre la labor de su 43º período de sesiones (A/CN.9/589).

9. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Apertura del período de sesiones.
2. Elección de la Mesa.
3. Aprobación del programa.
4. Preparación de disposiciones uniformes sobre las medidas cautelares y sobre el requisito de que el acuerdo de arbitraje figure por escrito.
5. Posible labor futura en materia de solución de controversias comerciales.
6. Otros asuntos.
7. Aprobación del informe.

III. Deliberaciones y decisiones

10. El Grupo de Trabajo reanudó sus deliberaciones sobre el tema 4 del programa basándose en los textos que figuraban en las notas preparadas por la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.136, A/CN.9/WG.II/WP.137, A/CN.9/WG.II/WP.137/Add.1, A/CN.9/WG.II/WP.139 y A/CN.9/WG.II/WP.141). Las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo respecto de esos temas se recogen en los capítulos IV a VII. Se pidió a la Secretaría que preparara un proyecto revisado de varias disposiciones sobre la base de las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo. El Grupo de Trabajo examinó los temas 5 y 6 del programa. Sus deliberaciones y conclusiones respecto de estos temas se recogen en los capítulos VIII y IX, respectivamente.

11. El Grupo de Trabajo aprobó la versión revisada del proyecto de disposiciones legales sobre las medidas cautelares, las órdenes preliminares y la forma del acuerdo de arbitraje, así como el texto de un proyecto de declaración sobre la interpretación del párrafo 2 del artículo II y del párrafo 1 del artículo VII de la Convención de Nueva York. Se pidió a la Secretaría que distribuyera la versión revisada de ese proyecto de disposiciones y el texto del proyecto de declaración interpretativa a los gobiernos para que formularan observaciones, a fin de que la Comisión pudiera examinar y aprobar el proyecto de disposiciones legales y el proyecto de declaración interpretativa en su 39º período de sesiones, que tendría lugar en Nueva York del 19 de junio al 7 de julio de 2006.

IV. Proyecto de disposiciones legales sobre las medidas cautelares y las órdenes preliminares

12. El Grupo de Trabajo recordó que, en su 43º período de sesiones (Viena, 3 a 7 de octubre de 2005), había realizado un examen detallado del texto de la versión revisada del artículo 17, relativo a la facultad de un tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares y emitir órdenes preliminares, del artículo 17 *bis*, referente al reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares otorgadas por un tribunal arbitral, y del artículo 17 *ter*, sobre las medidas cautelares dictadas por un foro judicial. En ese período de sesiones, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que estudiara la cuestión de la forma en que podrían presentarse las disposiciones actuales y las revisadas sobre las medidas cautelares y las órdenes preliminares, y que elaborara posibles variantes para su examen por el Grupo de Trabajo en un futuro período de sesiones (A/CN.9/589, párrs. 104 a 106). Se pidió asimismo a la Secretaría que tuviera en cuenta las sugerencias de que esas disposiciones se insertaran en un nuevo capítulo, que sería el capítulo IV *bis* de la Ley Modelo sobre el Arbitraje, y de que se reestructuran agrupando los párrafos que trataran de cuestiones similares en artículos separados (A/CN.9/589, párr. 106).

13. El Grupo de Trabajo reanudó sus deliberaciones acerca del proyecto de disposiciones legales sobre las medidas cautelares y las órdenes preliminares a partir del texto preparado por la Secretaría para recoger los debates del Grupo de Trabajo, que figuraba en el documento A/CN.9/WG.II/WP.141.

Ubicación y estructura del capítulo IV *bis*

14. El Grupo de Trabajo convino en que el proyecto de disposiciones legales sobre las medidas cautelares y las órdenes preliminares debería figurar en un nuevo capítulo de la Ley Modelo sobre el Arbitraje y estuvo de acuerdo en que los artículos se agruparan por secciones, como se proponía en el documento A/CN.9/WG.II/WP.141.

Numeración de las disposiciones

15. Se formuló la observación de que la numeración latina de los artículos podía resultar problemática para los usuarios que no estuvieran familiarizados con ese tipo de numeración. Se respondió que el uso de la numeración latina se ajustaba al enfoque adoptado en otros instrumentos de la CNUDMI como, por ejemplo, en el artículo 5 *bis* de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico.

16. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en mantener la numeración del proyecto de disposiciones legales tal como figuraba en el documento A/CN.9/WG.II/WP.141.

Artículo 17

Párrafo 1

17. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido del párrafo 1.

Párrafo 2

18. Se expresaron reservas respecto de la posibilidad de que el apartado b) del párrafo 2 del proyecto de artículo 17 directa o indirectamente autorizara la emisión de interdictos en contra de acciones judiciales u otras actuaciones arbitrales, dado que este tipo de interdictos era desconocido o poco conocido en muchos ordenamientos jurídicos y que no había uniformidad en la práctica sobre este punto. Se consideró asimismo que esos interdictos no siempre tenían el carácter provisional de las medidas cautelares. Se señaló que ya existían varias normas que protegían el proceso arbitral y que, por lo tanto, no era necesaria la referencia a los interdictos en contra de actuaciones judiciales o de otras actuaciones arbitrales en el apartado b) del párrafo 2.

19. El Grupo de Trabajo recordó que ya había examinado esta cuestión en su 43º período de sesiones y había convenido en adoptar el texto del apartado b) del párrafo 2 (A/CN.9/589, párrs. 20 a 26). Se observó que las disposiciones que figuraban en el documento A/CN.9/WG.II/WP.141 representaban una propuesta global y que el Grupo de Trabajo no debería reabrir el debate sobre cuestiones sustantivas que pudieran afectar a esa propuesta.

20. Se aprobó sin cambios el contenido del párrafo 2.

Artículo 17 *bis*

Párrafos 1 y 2

21. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de los párrafos 1 y 2 del artículo 17 *bis*.

Artículo 17 *ter*

Encabezamiento

22. Se formuló la propuesta de que el encabezamiento del artículo 17 *ter* se modificara de modo que dijera "solicitudes de órdenes preliminares y condiciones para su emisión", a fin de reflejar mejor el contenido de la disposición. El Grupo de Trabajo hizo suya la propuesta.

Párrafos 1 y 2

23. Se aprobó sin cambios el contenido de los párrafos 1 y 2.

Párrafo 3

24. Por motivos lingüísticos, el Grupo de Trabajo convino en reformular el párrafo 3 en los siguientes términos:

> "3) Las condiciones definidas en el artículo 17 *bis* serán aplicables a toda orden preliminar, con la salvedad de que el daño que haya de evaluarse en virtud del apartado a) del párrafo 1 del artículo 17 *bis* sea el daño que probablemente resulte de que se emita o no la orden".

Artículo 17 *quater*

Párrafos 1, 2, 3 y 4

25. Se aprobó sin cambios el contenido de los párrafos 1, 2, 3 y 4.

Párrafo 5

26. Se sostuvo que la frase "una orden preliminar [...] será vinculante para las partes" era ambigua por cuanto parecía exigir que la orden preliminar fuera cumplida por todas las partes y no solo por aquella contra la cual se hubiese solicitado. Se observó además que, si la intención era vincular a todas las partes, esa formulación no aclaraba suficientemente la naturaleza de las obligaciones de las partes. Se respondió que la referencia en plural a "las partes" debería mantenerse, para reflejar el hecho de que una orden podía ser vinculante no solo para la parte contra la cual se hubiese emitido, sino también para la parte que hubiese solicitado la medida (por ejemplo, en relación con el suministro de información o de una garantía).

27. Se propuso asimismo que se añadiera el siguiente texto al párrafo 5: "El hecho de haber obtenido esa orden preliminar del tribunal arbitral no impedirá a una parte recurrir en contra de la orden ante un foro judicial." Se estimó que sería mejor examinar esta propuesta en el marco del artículo 17 *undecies*, relativo a las medidas cautelares dictadas por un foro judicial. Asimismo, se señaló que el artículo 9 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje ya protegía el derecho de una parte en un procedimiento arbitral a solicitar una medida cautelar a un foro judicial. En respuesta a ello, se observó que el artículo 9 trataba de las medidas cautelares, y no de las órdenes preliminares. Se indicó que esta propuesta solo pretendía aclarar el funcionamiento de las disposiciones y no reabrir el debate sobre cuestiones sustantivas relativas a este tema. El Grupo de Trabajo tomó nota de la propuesta.

28. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo mantuvo sin cambios el texto del párrafo 5.

Artículo 17 *quinquies*

29. Se aprobó sin cambios el contenido del artículo 17 *quinquies*.

Artículo 17 *sexies*

Encabezamiento

30. Se propuso que se suprimieran las palabras "por el tribunal arbitral" del encabezamiento del artículo 17 *sexies*. Se aprobó la propuesta.

Párrafos 1 y 2

31. Se aprobó sin cambios el contenido de los párrafos 1 y 2.

Artículo 17 *septies*

Párrafos 1 y 2

32. Se aprobó sin cambios el contenido de los párrafos 1 y 2.

Artículo 17 *octies*

33. Se decidió sustituir las palabras "la parte contra la que sea aplicable" por "cualquier parte", debido a que la medida podía afectar a cualquier parte.

Artículo 17 *novies*

Encabezamiento

34. Se propuso que se suprimieran las palabras "de medidas cautelares" a fin de evitar la repetición del encabezamiento de la sección. La propuesta fue aprobada.

Párrafo 1

35. El Grupo de Trabajo convino en que en el párrafo 1 debía hacerse referencia al artículo 17 *decies* y no al artículo 17 *novies*.

Párrafos 2 y 3

36. Se aprobó sin cambios el contenido de los párrafos 2 y 3.

Artículo 17 *decies*

Encabezamiento

37. En consonancia con la modificación introducida en el encabezamiento del artículo 17 *novies*, el Grupo de Trabajo acordó suprimir las palabras "de medidas cautelares" del encabezamiento del artículo 17 *decies*.

Párrafos 1 y 2

38. Se aprobó sin cambios el contenido de los párrafos 1 y 2.

Nota de pie de página

39. El Grupo de Trabajo convino en que en la nota de pie de página del artículo 17 *decies* debía hacerse referencia al artículo 17 *decies* y no al artículo 17 *novies*.

Artículo 17 *undecies*

Lugar de inserción del artículo 17 undecies

40. El Grupo de Trabajo examinó si el artículo 17 *undecies* debía insertarse en otra parte de la Ley Modelo sobre el Arbitraje, puesto que trataba de las medidas cautelares dictadas por un foro judicial, y tal vez no debieran tener cabida en un capítulo dedicado principalmente a las medidas cautelares otorgadas por tribunales arbitrales.

41. Se sugirió que el artículo 17 *undecies* se insertara después de las disposiciones de aplicación del artículo 9 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje, referente a las medidas cautelares dictadas por tribunales. Sin embargo, dado que el artículo 9 figuraba en el capítulo II de la Ley Modelo sobre el Arbitraje, que se refería al acuerdo de arbitraje, esa opción no se consideró adecuada.

42. El Grupo de Trabajo convino en que en el material explicativo que acompañara esa disposición podría incluirse un texto redactado de acuerdo con lo propuesto en la nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.141, párr. 13) para la nota de pie de página del artículo 17 *undecies*. En ese texto podría señalarse a los Estados en qué parte de la legislación que adoptaran sería más adecuado insertar el artículo 17 *undecies*.

43. Se aprobó sin cambios el contenido del artículo 17 *undecies*.

Referencia a los artículos 17 *novies*, 17 *decies* y 17 *undecies* en el párrafo 2 del artículo 1 de la Ley Modelo

44. En su 43º período de sesiones, el Grupo de Trabajo observó que, habida cuenta de la intención de que la disposición sobre las medidas cautelares dictadas por un foro judicial fuera aplicable independientemente del país en que tuviera lugar el arbitraje, la disposición debería añadirse a la lista de artículos que figuraba en el párrafo 2 del artículo 1 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje. Tal artículo disponía que, respecto de los artículos enumerados, la Ley Modelo, tal como se promulgara en un determinado Estado, se aplicaría incluso si el arbitraje tuviera lugar fuera del territorio de ese Estado (A/CN.9/589, párrs. 101 a 103). También se propuso que en la lista de artículos excluidos se incorporara una referencia a los artículos 17 *novies* y 17 *decies* (referentes al reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares y a los motivos para la denegación de éstas), de forma que el párrafo 2 del artículo 1 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje dijera lo siguiente:

> "Las disposiciones de la presente Ley, con excepción de los artículos 8, 9, 17 *novies*, 17 *decies*, 17 *undecies*, 35 y 36, se aplicarán únicamente si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio de ese Estado".

45. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido de esta propuesta.

V. Proyecto de disposiciones legales sobre la forma del acuerdo de arbitraje

46. El Grupo de Trabajo recordó que, en su 43º período de sesiones había reanudado sus deliberaciones sobre un proyecto de disposición legal modelo por el que se revisaba el artículo 7 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje a partir de un texto preparado por la Secretaría (en adelante "el proyecto de artículo 7 revisado") después de los debates sostenidos durante el 36º período de sesiones (Nueva York, 4 a 8 de marzo de 2002) (A/CN.9/508, párrs. 18 a 39), y había asimismo examinado una propuesta de la delegación de México sobre esta cuestión, reproducida en el documento A/CN.9/WG.II/WP.137 y modificada en el documento A/CN.9/WG.II/WP.137/Add.1 ("la variante") (A/CN.9/589, párrs. 108 a 112). El Grupo de Trabajo recordó asimismo que había considerado que ambos textos contenían opciones útiles para resolver los problemas relacionados con la forma del acuerdo de arbitraje. El Grupo de Trabajo convino en seguir examinando ambas opciones.

La variante

47. Se señaló que en el nuevo texto propuesto se omitía del todo el requisito de la forma escrita. Se dijo que, si se aprobaba ese texto, la cuestión de la concertación del acuerdo de arbitraje y de su contenido se reduciría a una cuestión probatoria y no ya de validez. Se señaló que el proyecto de artículo 7 revisado establecía los requisitos mínimos que debían aplicarse respecto de la forma del acuerdo de arbitraje, mientras que la variante iba mucho más lejos y eliminaba todos los requisitos de forma, para reconocer, por ejemplo, los acuerdos de arbitraje verbales. En apoyo de la variante, se indicó que muchas legislaciones nacionales contenían requisitos en cuanto a la forma de los acuerdos de arbitraje que podían considerarse anticuados. Si bien la variante fue acogida con considerable interés, se expresó la opinión de que tal vez se apartaba demasiado de la legislación tradicional, inclusive de la Convención de Nueva York, para ser fácilmente aceptable en muchos países. También se declaró que el propósito de la revisión del párrafo 2 del artículo 7 de la Ley Modelo era armonizar las legislaciones internas existentes a ese respecto y se indicó que ese propósito podría cumplirse mejor con el proyecto de artículo 7 revisado que con la variante (ésta se examina también en los párrafos 74 y 75 *infra*).

48. El Grupo de Trabajo prosiguió su debate sobre la base del proyecto de artículo 7 revisado, que figuraba en el documento A/CN.9/WG.II/WP.136. Se le recordó que, fuera cual fuera la formulación que se aceptara en relación con el párrafo 2 del artículo 7 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje, sería necesario examinar las repercusiones de esa disposición en el artículo 35, puesto que dicho artículo contenía una referencia al artículo 7 en el requisito de su párrafo 2 de que la parte que obtenga un laudo o que pida su ejecución "deberá presentar el original del acuerdo de arbitraje previsto en el artículo 7 o una copia debidamente certificada del mismo" (a este respecto, véanse los párrafos 76 a 80 *infra*).

Proyecto de artículo 7 revisado

Párrafo 1 del proyecto de artículo 7 revisado

49. Se aprobó sin cambios el contenido del párrafo 1.

Párrafos 2 y 3 del proyecto de artículo 7 revisado

50. Se apoyó la idea de mantener el contenido del párrafo 2, por cuanto daba una indicación clara, coherente con el párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York, de que los acuerdos de arbitraje debían constar por escrito, y proporcionaba ejemplos de lo que significaba el requisito de la forma escrita. Sin embargo, se señaló que el párrafo 2 del proyecto de artículo 7 revisado intentaba, mediante una definición, aclarar que el término "escrito", abarcaba medios de comunicación modernos que en algunos países pudiera considerarse que no cumplían el requisito de la forma escrita. Se objetó que ese enfoque podría no estar en consonancia con el utilizado en los textos de la CNUDMI sobre el comercio electrónico, que no se basaban en una definición sino en una equivalencia funcional con el concepto de "escrito".

Compatibilidad del párrafo 2 del proyecto de artículo 7 revisado con la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (en adelante "la Convención sobre los Contratos Electrónicos")

51. Se observó que el proyecto de artículo 7 revisado se había preparado antes de que el Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico de la CNUDMI finalizara su labor relativa a la Convención sobre los Contratos Electrónicos y que debería revisarse para garantizar su compatibilidad con dicha Convención. Además, se observó que en el artículo 20 de esa Convención se incluía la Convención de Nueva York en la lista de los instrumentos internacionales a los que se aplicaba, y que, en la medida en que la Ley Modelo sobre el Arbitraje pudiera utilizarse como ayuda para la interpretación de la Convención de Nueva York, era importante que se asegurara la compatibilidad de los tres instrumentos.

52. Se sugirió que el texto del párrafo 2 del artículo 9 de la Convención sobre los Contratos Electrónicos, en virtud del cual una comunicación electrónica cumplirá un requisito legal de que conste por escrito "si la información consignada en su texto es accesible para su ulterior consulta", se transpusiera al proyecto de artículo 7 revisado de la siguiente manera: "un mensaje de datos satisface el requisito de la forma escrita si la información consignada en su texto es accesible para su ulterior consulta". Esta propuesta recibió cierto apoyo.

"concertado o documentado"

53. Para lograr el grado de flexibilidad requerido, se dijo que el requisito de forma para los acuerdos de arbitraje debería reflejar las disposiciones análogas que existieran respecto de las demandas presentadas en los tribunales nacionales, por ejemplo, el artículo 3 c) de la Convención relativa a los acuerdos de elección de jurisdicción exclusiva, preparada por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y aprobada el 30 de junio de 2005, en virtud del cual "la elección exclusiva de un acuerdo judicial deberá concertarse o documentarse por escrito o por cualquier otro medio de comunicación que haga la comunicación accesible, de modo que sea utilizable para consultas ulteriores". Se señaló también que existía una referencia análoga a la necesidad de la concertación o documentación por escrito en el artículo 76 del proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías que estaba elaborando el Grupo de Trabajo de la CNUDMI sobre el Derecho del Transporte (véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.140/Add.1, anexo).

54. Se sugirió que se considerara la posibilidad de insertar las palabras "concertado o documentado" en el párrafo 2 del proyecto de artículo 7 revisado, ya que de ese modo se aclararía que el requisito de forma no se aplicaba necesariamente en la fase de formación del acuerdo de arbitraje, sino que podía aplicarse también en la fase posterior de la demostración de la existencia de dicho acuerdo. En apoyo de esta propuesta, se señaló que esas palabras propiciarían una interpretación liberal del requisito de forma enunciado en el párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York. Se propuso que el párrafo 2 dijera lo siguiente: "El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Por "acuerdo por escrito" se entenderá un acuerdo concertado o documentado de cualquier forma, incluida, entre otras, la de un mensaje de datos, que deje constancia del acuerdo de arbitraje o que sea de otro modo accesible para su ulterior consulta". Esta propuesta recibió cierto

apoyo. Se propuso asimismo simplificar ese texto de la siguiente manera: "El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que un acuerdo consta "por escrito" si se ha concertado o documentado de cualquier forma, incluida la de un mensaje de datos, en que pueda utilizarse para su ulterior consulta, o si se puede tener acceso a él con ese fin". En apoyo de esta propuesta se adujo que este texto abarcaría tanto las situaciones en que la constancia por escrito se requiriera para la validez como aquellas en que se precisara para fines probatorios.

55. Se plantearon preguntas acerca de la necesidad de utilizar los dos términos ("concertado" y "documentado"), ya que en opinión de muchas delegaciones el segundo comprendía el primero. En respuesta a ello, se dijo que si solo se utilizaba el término "documentado", la disposición podría interpretarse de manera muy restrictiva, considerándose solo aplicable a los casos en que el acuerdo se concertara por escrito. Por ese motivo, se opinó que los dos términos eran necesarios.

56. Se formularon objeciones en el sentido de que la inclusión de estos términos planteaba cuestiones relacionadas con la demostración de la existencia de un acuerdo de arbitraje, que no correspondían a la finalidad prevista del párrafo 2 del proyecto de artículo 7 revisado, que guardaba relación con el requisito de que un acuerdo de arbitraje constara por escrito. Se propuso suprimir toda referencia a esas palabras de modo que el párrafo revisado dijera lo siguiente: "El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Un acuerdo constará "por escrito" si consiste en cualquier forma de texto que se pueda utilizar para su ulterior consulta, incluida la forma de un mensaje de datos, o si se puede tener acceso a él con ese fin". El Grupo de Trabajo tomó nota de esta propuesta.

Propuestas de reestructuración de los párrafos 2 y 3 del proyecto de artículo 7 revisado

57. Se observó que el párrafo 2 del proyecto de artículo 7 revisado se proponía cumplir diferentes objetivos, a saber:

- Enunciar el principio de que un acuerdo de arbitraje debe constar por escrito;
- Determinar si el propósito del requisito de la forma escrita es dar fe del consentimiento de las partes al arbitraje o del contenido del acuerdo de arbitraje; y
- Aclarar de qué manera puede cumplirse el requisito de la forma escrita.

58. Se propuso abordar cada una de estas cuestiones incluyendo en el texto palabras del siguiente tenor: "El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Un acuerdo de arbitraje constará por escrito si se puede demostrar su existencia en forma escrita. Un mensaje de datos cumplirá el requisito de la forma escrita si la información en él consignada es accesible para su ulterior consulta. Por "mensaje de datos" se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax." Esta propuesta recibió cierto apoyo.

59. Se formuló una propuesta conexa de sustitución de los párrafos 2 y 3 del proyecto de artículo 7 revisado por la siguiente disposición reestructurada: "2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. 3) Un acuerdo de arbitraje

constará por escrito si queda constancia de sus términos de cualquier forma, con independencia de que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, sea deducible del comportamiento de las partes o por cualquier otro medio. 4) El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta." Se explicó que esta última propuesta tenía las siguientes ventajas:

- La formulación utilizada en el párrafo 2) de la propuesta estaba en consonancia con el párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York y, por lo tanto, la oración mantenía un vínculo armonioso entre los textos;
- El párrafo 3) de la propuesta, al referirse a "si queda constancia de sus términos", dejaba en claro que solo debía quedar constancia de los términos del acuerdo de arbitraje, no la voluntad efectiva de las partes de celebrar dicho acuerdo. En ese contexto, se indicó que la cuestión de si las partes realmente habían llegado a un acuerdo respecto del arbitraje debería dejarse a discreción de la legislación nacional;
- El enunciado del párrafo 4) de la propuesta se ajustaba a la del párrafo 2 del artículo 9 de la Convención sobre Contratos Electrónicos.

60. Esta propuesta recibió amplio apoyo. Sin embargo, se pidieron aclaraciones sobre varios de sus aspectos.

61. Se plantearon cuestiones acerca de si la expresión "sus términos" del párrafo 3 de la propuesta que figura más arriba (véase el párrafo 59 *supra*) era necesaria, puesto que la existencia de un acuerdo de arbitraje daba por sentada la existencia de términos en el acuerdo. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo consideró en general que debía mantenerse alguna referencia al contenido del acuerdo de arbitraje para aclarar que de lo que debía dejarse constancia era del contenido o los términos del acuerdo de arbitraje y no del consenso de las partes ni de ninguna otra información relativa a la formación del acuerdo. En respuesta a preguntas sobre el alcance de las palabras "sus términos", se expresaron opiniones divergentes. Una fue que la referencia a "los términos" del contrato podía interpretarse en el sentido de que abarcaba solo las estipulaciones contractuales aplicables entre las partes. Otra opinión fue que los "términos" del acuerdo podían interpretarse de manera más amplia de modo que abarcaran, por ejemplo, las reglas de arbitraje convenidas por las partes o el derecho aplicable al procedimiento de arbitraje, en la medida en que las partes no llegaran a un acuerdo sobre ninguna regla de procedimiento. Se explicó asimismo que la expresión "los términos" no se limitaba a los términos acordados por las partes expresamente sino que podía abarcar también los acuerdos concertados deducibles del comportamiento de las partes, por ejemplo, cuando una parte enviase a la otra parte un ofrecimiento de celebrar un contrato que incluyese un acuerdo de arbitraje, y la otra parte, sin aceptar expresamente el ofrecimiento, llevara a cabo su parte del acuerdo (por ejemplo, enviara las mercancías y pagara el precio).

62. Para evitar una posible interpretación poco clara o excesivamente amplia que pudiera derivarse de la utilización de la palabra "términos", se propuso sustituir esa palabra por la más genérica de "contenido". Esta propuesta recibió cierto apoyo. Sin embargo, se señaló que podía mejorarse la formulación "de su contenido". A fin

de lograr otra más apropiada, se propuso volver a redactar en los siguientes términos el párrafo 3 de la propuesta que figura más arriba: "Un acuerdo de arbitraje constará por escrito si hay constancia del mismo de cualquier forma, con independencia de que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, sea deducible del comportamiento de las partes o por cualquier otro medio". Se sugirió que este texto fuese acompañado de otro explicativo en una guía para la promulgación y aplicación. También se propuso que volviera a redactarse el párrafo 3 del siguiente modo: "Un acuerdo de arbitraje constará por escrito si las normas aplicables al mismo están incorporadas a un texto del que se tenga constancia". El Grupo de Trabajo no fue partidario de ninguna de estas formulaciones, y convino en que quizá se necesitara incluir en la señalada guía nuevas aclaraciones sobre las situaciones de hecho que se pretendía incluir en el ámbito del párrafo 3, como las enumeradas en los párrafos 16 a 26 del documento A/CN.9/WG.II/WP.110. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisara el texto teniendo en cuenta estas sugerencias y que se dieran las explicaciones del caso en una guía para la promulgación y aplicación del artículo 7.

63. En respuesta a una pregunta, se explicó que las palabras "o contrato" del párrafo 3 de la propuesta señalada (véase el párrafo 59 *supra*) tenían por objeto abordar la cuestión de la incorporación por remisión de un acuerdo de arbitraje a un contrato. Se señaló que la cuestión de la incorporación por remisión se trataría más a fondo al examinar el párrafo 5 del proyecto de artículo 7 revisado (véanse los párrafos 69 a 73 *infra*).

64. Se hizo la sugerencia de que las palabras "comunicación electrónica" que figuran en el párrafo 4 de la propuesta (véase el párrafo 59, *supra*) se sustituyeran por "medios electrónicos" debido a que esta última formulación era más amplia y abarcaba una gama más amplia de situaciones de hecho. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo acordó mantener la expresión "comunicaciones electrónicas" e incorporar al párrafo 4 propuesto las definiciones de "comunicaciones electrónicas" y "mensajes de datos" que figuraban en los párrafos b) y c) del artículo 4 de la Convención sobre Contratos Electrónicos.

Párrafo 4 del proyecto de artículo 7 revisado

65. Se hizo la propuesta de que, para responder a la diversidad de fórmulas que se utilizaban en la práctica de arbitraje moderna además de los escritos de demanda y contestación, el párrafo 4 del proyecto de artículo 7 revisado se redactara de nuevo de la siguiente manera: "Además, se considerará que un acuerdo de arbitraje consta por escrito si está consignado en un intercambio de argumentaciones por escrito en un procedimiento arbitral o judicial en el que una de las partes alegue la existencia de un acuerdo y en que la otra parte no la niegue en su argumentación". Se respondió que el término "argumentación" podía ser demasiado vago y dar pie a ambigüedades. Asimismo, se dijo que la expresión "escrito de demanda" y "escrito de contestación" tenían un significado bien arraigado y amplio en la práctica de arbitraje y judicial. Se expresaron también dudas acerca de si la referencia a las argumentaciones "por escrito" era apropiada y si las palabras "arbitral o judicial" hacían una distinción suficiente entre la práctica arbitral y la acción judicial.

66. Se plantearon preguntas acerca de si el párrafo 4 debía mantenerse, habida cuenta de que el párrafo 3 de la propuesta que figura más arriba en su forma enmendada por el Grupo de Trabajo (véase el párrafo 59 *supra*), ya incluía los

acuerdos de arbitraje concertados mediante la deducción. En apoyo de que se mantuviera, se señaló que el párrafo 4 ilustraba una situación específica, a saber, cuando una parte alegaba la existencia de un acuerdo de arbitraje y la otra no la negaba. Se expresó la opinión de que al menos la situación en que un intercambio de escritos probara la existencia de un acuerdo de arbitraje concertado en otra parte no estaba incluida en el párrafo 3 de la propuesta (véase el párrafo 59 *supra*).

67. Se sugirió que en el párrafo 4 se empleara un lenguaje más genérico para abarcar las situaciones en que las partes intercambiaran información sobre el fondo del litigio. Se propuso que el párrafo 4 se reformulara para englobar los casos en que no existía un acuerdo de arbitraje pero en que, sin embargo, una parte presentaba una demanda de arbitraje a la que la otra parte no se oponía.

68. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en mantener sin cambios el párrafo 4 del proyecto de artículo 7 revisado, pese a ciertas objeciones formuladas en el sentido de que podía abarcar algunos de los supuestos previstos en el artículo 4 y el párrafo 2 del artículo 16 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje, así como en el párrafo 3 de la propuesta que figura con anterioridad (véase el párrafo 59 *supra*). Se afirmó que el párrafo 4 era útil, ya que el alcance limitado del artículo 4 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje no permitía interpretarlo como una presunción positiva de la existencia de un acuerdo de arbitraje, en ausencia de pruebas materiales de ello, simplemente en virtud del intercambio de escritos de demanda y contestación, y porque el párrafo 4 era más específico que el párrafo 2 del artículo 16 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje.

Párrafo 5 del proyecto de artículo 7 revisado

69. El Grupo de Trabajo recordó que uno de los objetivos principales del párrafo 5 era abordar situaciones de hecho, como el caso en que un contrato de salvamento marítimo fuera concertado verbalmente por radio mediante una remisión a un modelo de formulario contractual ya existente que contuviera una cláusula de arbitraje, como ocurría con el Lloyd's Open Form, o un contrato concertado verbalmente pero confirmado ulteriormente por escrito o de otro modo a través de un documento escrito que contuviera una cláusula compromisoria, como las condiciones generales de venta o adquisición, o la remisión a un régimen en vigor del arbitraje, propuestas unilateralmente por una parte y comunicadas a la otra. El Grupo de Trabajo convino en mantener esta disposición por estimar que correspondía a las prácticas modernas.

70. Teniendo en cuenta la decisión del Grupo de Trabajo de enmendar el párrafo 2 del proyecto de artículo 7 revisado (véanse los párrafos 50 a 64 *supra*), que prevé una serie de situaciones ya reguladas en el párrafo 5 del proyecto de artículo 7 revisado, se propuso que se simplificara la redacción del párrafo 5 para que tratara solamente de la cuestión de la incorporación por remisión, de la siguiente manera: "La remisión hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituirá un acuerdo de arbitraje por escrito, si la remisión incorpora esa cláusula al contrato". Esta propuesta contó con cierto apoyo.

71. Se hizo la observación de que la expresión "si la remisión incorpora esa cláusula al contrato" podía entenderse como que exigía unas condiciones más estrictas para la concertación válida de un acuerdo de arbitraje que las que figuran en el texto de 1985 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje y que, por consiguiente,

debería mantenerse la formulación existente al respecto. Con tal fin, se propuso el texto siguiente: "siempre que la remisión implique que esa cláusula forma parte del contrato". Se dijo que era preferible no apartarse del texto de la Ley Modelo sobre el Arbitraje, que, según se entendía en general, dejaba al arbitrio del derecho aplicable la determinación del vínculo entre la remisión y la cláusula que era necesario para incorporar esta última en el contrato. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en mantener la redacción inicial del texto de 1985 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje.

72. Se señaló que el ámbito de aplicación del párrafo 5 debería limitarse. A tal fin, se propuso añadir al final del párrafo 5 la expresión "y si los acuerdos de arbitraje son habituales para esos contratos". Esta propuesta suscitó objeciones porque era demasiado restrictiva y creaba diferentes categorías de contratos, que podrían desconocerse en determinados ordenamientos. La palabra "habitual" se consideró vaga y susceptible de interpretaciones divergentes. Se recordó que la Ley Modelo sobre el Arbitraje no contenía una regla sustantiva en cuanto a la aplicación de una incorporación por remisión, sino que más bien dejaba su determinación en manos de las legislaciones nacionales.

73. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en que el párrafo 5 dijera lo siguiente: "La remisión hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato".

Conciliación de los enfoques divergentes sobre la forma del acuerdo de arbitraje

74. Se recordó que la intención del Grupo de Trabajo al revisar el artículo 7 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje había sido actualizar las legislaciones internas sobre la cuestión del requisito de la forma escrita para el acuerdo de arbitraje, asegurando al mismo tiempo el acceso a la ejecución con arreglo a la Convención de Nueva York. Para lograr ese objetivo se habían presentado dos opciones: en la primera se daba una descripción detallada de la manera en que podía cumplirse el requisito de la forma escrita (el proyecto de artículo 7 revisado), mientras que en la otra se suprimía completamente dicho requisito (la segunda variante; véase el párrafo 47 *supra*). Se sugirió y aprobó presentar a los Estados, como variantes, tanto el proyecto de artículo 7 revisado, en su forma enmendada por el Grupo de Trabajo, como la segunda variante.

75. El Grupo de Trabajo convino en seguir estudiando la formulación de la segunda propuesta, sobre la base del texto que figuraba en los documentos A/CN.9/WG.II/WP.137 y A/CN.9/WG.II/WP.137/Add.1. Se señaló que la finalidad principal de la propuesta era suprimir el párrafo 2 y mantener solamente el párrafo 1 del artículo 7 de la Ley Modelo. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en que se suprimiera la última oración del párrafo 1 que decía: "[El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.]", y en que la variante dijera: "El acuerdo de arbitraje es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o que puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual".

Párrafo 2 del artículo 35 de la Ley Modelo sobre el arbitraje

76. El Grupo de Trabajo estudió si la revisión del artículo 7 tenía repercusiones en el párrafo 2 del artículo 35 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje (véase el párrafo 48 *supra*). Se propuso que el párrafo 2 del artículo 35 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje se enmendara con objeto de omitir el requisito de presentar el original del acuerdo de arbitraje, una copia debidamente certificada del mismo o una traducción, de manera que la disposición dijera lo siguiente: "La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá presentar el original debidamente autenticado del laudo o copia debidamente certificada del mismo. Si el laudo no estuviera redactado en un idioma oficial de este Estado, la parte deberá presentar una traducción a ese idioma de dicho documento". Se señaló que la enmienda del artículo 35 debería llevarse a efecto independientemente de la opción que elija el Estado promulgante respecto de las revisiones del artículo 7.

77. Se expresaron ciertas inquietudes por la propuesta de suprimir el requisito de proporcionar el acuerdo de arbitraje en el párrafo 2 del artículo 35. Se dijo que tal modificación podría crear incoherencias entre la Ley Modelo sobre el Arbitraje y el artículo IV de la Convención de Nueva York, que exigía la presentación del acuerdo de arbitraje o de una copia certificada del mismo. Sin embargo, se señaló al mismo tiempo que el párrafo 1 del artículo VII de la Convención de Nueva York reconocía el derecho de una parte a ejecutar un laudo arbitral de la manera en que lo permitiera el derecho interno aplicable. También se señaló que la supresión del requisito de presentar el acuerdo de arbitraje repercutiría negativamente en el artículo 36 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje, según la cual la razón por la que se podía rechazar la ejecución de un laudo se fundamentaba en los términos del acuerdo de arbitraje. Se señaló que el texto de 1985 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje ya incluía una nota de pie de página, correspondiente al párrafo 2 del artículo 35 en la que se explicaba que las condiciones enunciadas en ese párrafo tenían por fin establecer un máximo de requisitos y, por lo tanto, dejaban al arbitrio del Estado imponer condiciones menos onerosas a una parte que solicitara la ejecución. Se expresó la opinión de que, por consiguiente, no era necesario suprimir la referencia al acuerdo de arbitraje en el texto del párrafo 2 del artículo 35.

78. Sin embargo, tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en que podía prescindirse del requisito de presentar el acuerdo de arbitraje con arreglo al párrafo 2 del artículo 35 y que, si el laudo no estaba redactado en un idioma oficial del Estado, el tribunal tendría la posibilidad, pero no la obligación, de exigir a la parte requirente que presentara una traducción debidamente certificada.

79. Se propuso además suprimir del proyecto de párrafo 2 del artículo 35 revisado la expresión "debidamente autenticado" en relación con el laudo, ya que había creado problemas en la práctica y se prestaba a diferentes interpretaciones. El Grupo de Trabajo aprobó esta propuesta.

80. Se convino en que el párrafo 2 del artículo 35 se reformulara de la siguiente manera: "La parte que invoque un laudo o que pida su ejecución deberá presentar el laudo original o copia certificada del mismo. Si el laudo o el acuerdo de arbitraje no estuvieran redactados en un idioma oficial de este Estado, el tribunal podrá exigir a la parte que presente una traducción certificada a ese idioma de dichos documentos". Se convino en que la nota de pie de página correspondiente al párrafo 2 del artículo 35 debía mantenerse sin cambios. Se señaló que en varios

ordenamientos jurídicos existía flexibilidad respecto de la presentación de la traducción al idioma del tribunal y que era conveniente recomendar a los legisladores nacionales que estudiaran la posibilidad de adoptar ese enfoque flexible.

VI. Texto explicativo referente a las disposiciones legales sobre las medidas cautelares, las órdenes preliminares y la forma del acuerdo de arbitraje

81. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en que el texto explicativo referente a las disposiciones legales sobre las medidas cautelares, las órdenes preliminares y la forma del acuerdo de arbitraje se redactara en términos parecidos a los de la nota explicativa ya existente para la Ley Modelo sobre el Arbitraje, y en que ese texto podría reemplazar los actuales párrafos 18, 19, 26 y otros párrafos pertinentes de esa nota explicativa. Además, se pidió a la Secretaría que proporcionara a los Estados promulgantes información más detallada sobre las medidas cautelares, las órdenes preliminares y la forma del acuerdo de arbitraje que figurase en una guía para la promulgación y utilización de las disposiciones revisadas.

VII. Proyectos de instrumentos interpretativos referentes al párrafo 2 del artículo II y el párrafo 1 del artículo VII de la Convención de Nueva York

82. El Grupo de Trabajo recordó que, en su 36º período de sesiones, había examinado un proyecto de instrumento interpretativo referente al párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York, con el fin de ofrecer orientación acerca de la interpretación y aplicación del requisito de la forma escrita enunciado en el párrafo 2) del artículo II de dicha Convención y de lograr un mayor grado de uniformidad. En su 34º período de sesiones (Viena, 25 de junio a 13 de julio de 2001) (A/56/17, párr. 313), la Comisión había convenido en que los Estados miembros y observadores participantes en las deliberaciones del Grupo de Trabajo debían disponer de abundante tiempo para celebrar consultas sobre estas importantes cuestiones, incluida la posibilidad de examinar más a fondo el significado y efecto de la disposición relativa al derecho más favorable enunciada en el párrafo 1 del artículo VII de la Convención de Nueva York. A tal efecto, el Grupo de Trabajo había acordado aplazar sus deliberaciones sobre el requisito de la forma escrita y la Convención de Nueva York.

83. En vista de los progresos realizados en el actual período de sesiones en lo referente al requisito de la forma escrita de la Ley Modelo sobre el Arbitraje, el Grupo de Trabajo examinó el proyecto de instrumento interpretativo relativo al párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York, que figuraba en el párrafo 41 del documento A/CN.9/508, así como el proyecto de instrumento interpretativo referente al párrafo 1 del artículo VII de la Convención de Nueva York, expuesto en el párrafo 37 del documento A/CN.9/WG.II/WP.139.

84. Las delegaciones se interrogaron sobre la condición jurídica de un instrumento interpretativo en el derecho internacional. Se puso en duda que un instrumento interpretativo no vinculante pudiera tener un efecto práctico en el logro del objetivo de la interpretación uniforme de la Convención de Nueva York. A ese respecto, se dijo que un instrumento interpretativo podía no ser suficiente para resolver los problemas prácticos y la falta de armonía existentes en la aplicación del párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York, y que el Grupo de Trabajo debería concentrarse en cambio en la preparación de un protocolo de enmienda de dicha Convención. Al mismo tiempo, se expresó la opinión de que, para aumentar el valor persuasivo del instrumento, la declaración interpretativa fuera refrendada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Se opinó también que la CNUDMI, como órgano jurídico central del sistema de las Naciones Unidas en materia de derecho mercantil internacional, sería el órgano más adecuado para aprobar tal declaración.

85. Se expresó la preocupación de que las declaraciones de interpretación del párrafo 2 del artículo II o el párrafo 1 del artículo VII de la Convención de Nueva York pudieran dar una indicación de que el párrafo 2 del artículo II no constituía ya una forma liberal, flexible y amplia de enfocar el requisito de forma, y de que la adopción de una declaración de ese tipo pudiera alterar esa interpretación del párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York que ya regía en algunos Estados. Sin embargo, teniendo en cuenta las interpretaciones divergentes y a veces contradictorias que existían en relación con la aplicación de dicho párrafo, el Grupo de Trabajo convino en que sería útil dar una orientación al respecto.

86. El Grupo de Trabajo examinó a continuación el texto de la declaración interpretativa sobre el párrafo 1 del artículo VII de la Convención de Nueva York. En apoyo de la aprobación de esa declaración, se dijo que estimularía la elaboración de reglas favorables a la validez de los acuerdos de arbitraje en una gama más amplia de supuestos. Se explicó que la declaración referente al párrafo 1 del artículo VII de la Convención de Nueva York alentaría a los Estados a aprobar la versión revisada del artículo 7 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje y leyes favorables a la ejecución, y se observó que la recomendación que figuraba en el párrafo 13 del proyecto de declaración no se limitaba a la cuestión del acuerdo de arbitraje, sino que era suficientemente amplia para abarcar cualquier aspecto del procedimiento de ejecución.

87. Se estimó que sería preferible incluir en el proyecto de declaración sobre el párrafo 1 del artículo VII de la Convención de Nueva York disposiciones que aclararan el significado del párrafo 2 del artículo II de la misma Convención. Se recordó que dicho párrafo había sido objeto de diversas interpretaciones en los tribunales estatales, como consecuencia de las diferencias de expresión entre los cinco textos igualmente auténticos de la Convención. Esas diferencias se debían en parte a que, por ejemplo, en la versión inglesa, la definición de “agreement in writing” (acuerdo por escrito) (al utilizar las palabras “includes” (incluye)) parecía dar una lista no exhaustiva de ejemplos, mientras que en las otras versiones lingüísticas, igualmente auténticas, parecía darse una lista exhaustiva de los elementos de la definición.

88. A fin de atender a estas preocupaciones, se dijo que el proyecto de declaración interpretativa sobre el párrafo 1 del artículo VII de la Convención de Nueva York debía incluir una declaración acerca de la interpretación del párrafo 2 del artículo II

de esa Convención. Se decidió que el proyecto de declaración interpretativa referente al párrafo 1 del artículo VII de la Convención, tal como figuraba en el documento A/CN.9/WG.II/WP.139, debería mantenerse, a condición de que se efectuaran dos enmiendas. En primer lugar, el párrafo 10 de la declaración debería modificarse añadiendo la frase "particularmente respecto del artículo 7" después de las palabras "y sus revisiones posteriores". Por lo tanto, el párrafo 10 del proyecto de declaración diría: "Teniendo en cuenta los instrumentos jurídicos internacionales, como la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 y sus revisiones posteriores, particularmente respecto del artículo 7, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales,". En segundo lugar, cabría insertar un nuevo párrafo, con el número 13, que dijera lo siguiente: "Recomienda que el párrafo 2 del artículo II de la Convención se aplique, teniendo en cuenta que las circunstancias que en él se describen no son exhaustivas". Se observó que esta enmienda requeriría que el párrafo 13 pasara a ser el párrafo 14, y que el encabezamiento de la declaración se debería modificar para que se refiriera a la interpretación del párrafo 2 del artículo II y del párrafo 1 del artículo VII. El Grupo de Trabajo aprobó estas enmiendas.

VIII. Posible labor futura en materia de solución de controversias comerciales

89. El Grupo de Trabajo celebró un debate preliminar sobre si sería conveniente y factible comenzar a ocuparse de diversos temas, expuestos en documentos anteriores (A/CN.9/468, párrs. 107 a 109; A/55/17, párr. 396; A/60/17, párr. 178), y sobre la prioridad que podría darse a esos temas.

90. Entre los posibles nuevos temas que se invitaba al Grupo de Trabajo a estudiar figuraban los siguientes: la posible revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI; la posibilidad de someter a arbitraje las controversias intraempresariales (y tal vez otras cuestiones relativas a la posibilidad de recurrir al arbitraje, por ejemplo, en materia de derechos de propiedad intelectual, así como en las controversias relativas a inversiones, la insolvencia o la competencia desleal); la solución de controversias por vía electrónica; y la inmunidad de los Estados a raíz de la reciente aprobación de la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (Comisión de Derecho Internacional) (llamada en adelante "la Convención sobre las Inmunidades Jurisdiccionales").

91. Se afirmó que todos los temas enumerados merecían ser examinados, y que cuestiones como la inmunidad soberana y la posibilidad de ser objeto de arbitraje podrían requerir que se abordara efectivamente la elaboración de un instrumento vinculante. Se formuló una sugerencia más amplia en el sentido de que la CNUDMI no debería limitarse a estudiar de manera poco sistemática las distintas cuestiones por separado, sino que debería trabajar en la preparación de un instrumento internacional vinculante sobre el arbitraje comercial internacional, teniendo en cuenta los instrumentos anteriores, tales como la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961 y otros textos similares. Se señaló que la

labor en un proyecto de esa índole no debería tener por objeto revisar los regímenes de arbitraje que funcionaban bien en la práctica, como la Convención de Nueva York. Aunque se manifestó interés en un proyecto de mayor envergadura como éste, se advirtió al Grupo de Trabajo que no debería incorporar a su programa de trabajo proyectos innecesariamente largos, sino que se concentrara en las cuestiones de interés práctico para el mundo del arbitraje.

92. En cuanto a la inmunidad de los Estados, el Grupo de Trabajo observó que la Asamblea General había aprobado en diciembre de 2004 la Convención sobre las Inmunidades Jurisdiccionales (véase A/RES/59/38). Se había invitado al Grupo de Trabajo a que considerara, teniendo en cuenta la aplicación de esa Convención a la inmunidad de un Estado y de sus bienes frente a la jurisdicción de los tribunales de otro Estado, si la cuestión de la inmunidad era un asunto que fuera necesario abordar en el contexto del arbitraje desde la perspectiva del asentimiento de un Estado en participar en un procedimiento de arbitraje y de la ejecución de un laudo arbitral contra otro Estado. Se señaló con preocupación que el tema de la inmunidad soberana se debía limitar a la cuestión de la ejecución y que podía generar confusión que se abordara este tema en el campo del arbitraje. No obstante, se apoyó la idea de empezar a trabajar sobre el tema, en particular porque se observaba que cada vez era mayor el número de casos de jurisprudencia en que Estados que habían participado en un arbitraje en materia de inversiones incumplían el laudo. También se advirtió de que el tema de la inmunidad soberana planteaba cuestiones de orden público que no se prestaban fácilmente a una armonización.

93. En cuanto al tema de la revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, se observó que en 2006 se cumplirían 30 años de su adopción y que la Secretaría convocaría conferencias para debatir sobre los aspectos del Reglamento que podrían ser objeto de revisión y las ideas al respecto. Aunque se manifestaron reservas sobre la necesidad inmediata de revisar el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, se apoyó la sugerencia de que su revisión se considerara un asunto prioritario. Se sugirió que, dada la difusión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, toda revisión necesaria tendría efectos positivos para los profesionales del mundo del arbitraje internacional. A este respecto, se observó que algunas instituciones arbitrales habían procedido a revisar sus reglamentos basándose en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Cabría hacer llegar al Grupo de Trabajo la labor de estas instituciones de arbitraje para ayudarle en la posible revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Se propuso que, para facilitar más la revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, se mantuvieran consultas preliminares con juristas profesionales con el fin de elaborar una lista de los temas cuya actualización o revisión fuera necesaria.

94. Otro posible tema cuya consideración por el Grupo de Trabajo se sugirió era el de la revisión del artículo 27 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje, que actualmente permite que un tribunal arbitral o una parte pidan la asistencia de un tribunal para la práctica de la prueba en un procedimiento de arbitraje, pero autoriza al foro judicial a atender dicha solicitud “dentro del ámbito de su competencia y de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de prueba”. Se sugirió que se revisara dicho artículo 27 con el fin de obligar a los tribunales a prestar tal asistencia. Otra sugerencia fue también que se abordara el impacto sobre el arbitraje internacional de los interdictos de cualquier otra actuación procesal concurrente mediante la introducción de las enmiendas adecuadas en la Ley Modelo sobre el

Arbitraje. Se observó que estos interdictos estaban influyendo negativamente en el arbitraje internacional y aumentaban tanto el costo como la complejidad del mismo. Además, se sugirió que el Grupo de Trabajo estudiara el impacto del arbitraje sobre los terceros, así como los arbitrajes en los que intervienen varias partes.

95. El Grupo de Trabajo tomó nota de todas estas sugerencias.

IX. Otros asuntos

96. El Grupo de Trabajo tomó nota de los debates mantenidos en el Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) en su 16º período de sesiones (Viena, 28 de noviembre a 9 de diciembre de 2005) en cuanto a la compatibilidad de la Convención de Nueva York y la Ley Modelo sobre el Arbitraje con el proyecto de artículo 83 (Acuerdos de arbitraje) de su proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías, y de la sugerencia de que se recabara la opinión del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje (véanse los párrs. 101 a 103 del documento A/CN.9/591).

97. A raíz de ello, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que convocara un grupo oficioso de expertos integrado por representantes de ambos Grupos de Trabajo para que ayudara a la Secretaría a informar sobre esos asuntos con carácter de urgencia en los siguientes períodos de sesiones de los dos Grupos de Trabajo.

Anexo I

Disposiciones legales revisadas sobre medidas cautelares y órdenes preliminares

Capítulo IV *bis*. Medidas cautelares y órdenes preliminares

Sección 1 - Medidas cautelares

Artículo 17 - Facultad del tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares

1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de una de ellas, otorgar medidas cautelares.

2) Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene a una de las partes que:

a) Mantenga o restablezca el statu quo en espera de que se dirima la controversia;

b) Adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral;

c) Proporcione algún medio para preservar ciertos bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o

d) Preserve ciertos elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.

Artículo 17 *bis* - Condiciones para el otorgamiento de medidas cautelares

1) El demandante de alguna medida cautelar prevista en los apartados a), b) o c) del párrafo 2) del artículo 17 deberá aportar al tribunal arbitral pruebas convincentes de que:

a) De no otorgarse la medida cautelar, es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser ésta otorgada; y

b) Existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere, siempre y cuando toda determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgue en modo alguno toda determinación subsiguiente a que pueda llegar dicho tribunal.

2) En lo concerniente a toda demanda de una medida cautelar presentada con arreglo al apartado d) del párrafo 2) del artículo 17, los requisitos enunciados en los apartados a) y b) del párrafo 1) del presente artículo solo serán aplicables en la medida que el tribunal arbitral lo estime oportuno.

Sección 2 - Órdenes preliminares

Artículo 17 *ter* - Solicitud de una orden preliminar y condiciones para su otorgamiento

1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, toda parte podrá demandar una medida cautelar sin dar aviso a ninguna otra parte y solicitar una orden preliminar del tribunal arbitral por el que se ordene a alguna parte que no frustre la finalidad de la medida cautelar demandada.

2) El tribunal arbitral podrá emitir una orden preliminar siempre que considere que la notificación previa de la demanda de una medida cautelar a la parte contra la cual esa medida vaya dirigida entraña el riesgo de que se frustre la medida demandada.

3) Las condiciones definidas en el artículo 17 *bis* serán aplicables a toda orden preliminar, con la salvedad de que el daño que ha de evaluarse en virtud del apartado a) del párrafo 1) del artículo 17 *bis* ha de ser el daño que probablemente resultará de que se emita o no la orden.

Artículo 17 *quater* - Régimen específico de las órdenes preliminares

1) Inmediatamente después de haberse pronunciado sobre la procedencia de una solicitud de orden preliminar, el tribunal arbitral notificará a todas las partes la demanda presentada de una medida cautelar, la solicitud de una orden preliminar, la propia orden preliminar, caso de haberse otorgado, así como todas las comunicaciones al respecto, consignando el contenido de toda comunicación verbal, entre cualquiera de las partes y el tribunal arbitral.

2) Al mismo tiempo, el tribunal arbitral dará, a la parte contra la que vaya dirigida la orden preliminar, la oportunidad de hacer valer sus derechos a la mayor brevedad posible.

3) El tribunal arbitral se pronunciará sin tardanza sobre toda objeción que se presente contra la orden preliminar.

4) Toda orden preliminar expirará a los veinte días contados a partir de la fecha en que el tribunal arbitral la haya emitido. No obstante, el tribunal arbitral podrá dictar una medida cautelar por la que ratifique o modifique la orden preliminar una vez que la parte contra la que se dirigió la orden preliminar haya sido notificada y haya tenido la oportunidad de hacer valer sus derechos.

5) Una orden preliminar será vinculante para las partes, pero no será de por sí objeto de ejecución judicial. Dicha orden preliminar no constituirá un laudo.

Sección 3 - Disposiciones aplicables a las medidas cautelares y órdenes preliminares

Artículo 17 *quinquies* - Modificación, suspensión, revocación

El tribunal arbitral podrá modificar, suspender o revocar toda medida cautelar u orden preliminar que haya otorgado, ya sea a instancia de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a las partes.

Artículo 17 *sexies* - Exigencia de una garantía por el tribunal arbitral

1) El tribunal arbitral podrá exigir del demandante de una medida cautelar que preste una garantía adecuada respecto de la medida.

2) El tribunal arbitral exigirá al solicitante de una orden preliminar que preste una garantía respecto de la orden, salvo que dicho tribunal lo considere inapropiado o innecesario.

Artículo 17 *septies* - Comunicación de información

1) El demandante de una medida cautelar deberá dar a conocer sin tardanza todo cambio importante que se produzca en las circunstancias que motivaron que la medida se demandara u otorgara.

2) El solicitante de una orden preliminar deberá revelar al tribunal arbitral toda circunstancia que pueda ser pertinente para la decisión que el tribunal arbitral vaya a adoptar sobre si debe otorgar o mantener la orden, y seguirá estando obligada a hacerlo en tanto que la parte contra la que la orden haya sido solicitada no haya tenido la oportunidad de hacer valer sus derechos. A partir de dicho momento, la obligación del solicitante de revelar todo cambio en las circunstancias será la misma que la que cabe exigir del demandante de una medida cautelar con arreglo al párrafo 1) del presente artículo.

Artículo 17 *octies* - Costas y daños y perjuicios

El demandante de una medida cautelar o el solicitante de una orden preliminar será responsable de las costas y de los daños y perjuicios que dicha medida u orden ocasione a la parte contra la que sea aplicable, siempre que el tribunal arbitral determine ulteriormente que, en las circunstancias del caso, no debería haberse otorgado la medida o la orden. El tribunal arbitral podrá condenarle en cualquier momento de las actuaciones al pago de las costas y de los daños y perjuicios.

Sección 4 - Reconocimiento y ejecución de medidas cautelares

Artículo 17 *novies* - Reconocimiento y ejecución de medidas cautelares

1) Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral se reconocerá como vinculante y, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, será ejecutada al ser demandada ante el foro judicial competente, cualquiera que sea el país en donde haya sido ordenada, y a reserva de lo dispuesto en el artículo 17 *decies*.

2) La parte que demande o haya obtenido el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar informará sin demora al foro judicial de toda revocación, suspensión o modificación que se ordene de dicha medida.

3) El foro judicial ante el que sea demandado el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar podrá, si lo considera oportuno, exigir del demandante que preste una garantía adecuada, cuando el tribunal arbitral no se haya pronunciado aún en lo concerniente a tal garantía o cuando esa garantía sea necesaria para proteger los derechos de terceros.

Artículo 17 *decies* - Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución de medidas cautelares*

1) Podrá denegarse el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar únicamente:

a) si, al actuar a instancia de la parte afectada por la medida, el foro judicial está convencido de que:

i) dicha denegación está justificada por alguno de los motivos enunciados en los incisos i), ii), iii) o iv) del apartado a) del párrafo 1) del artículo 36; o

ii) no se ha cumplido la decisión del tribunal arbitral sobre la prestación de la garantía que corresponda a la medida cautelar otorgada por el tribunal arbitral; o

iii) la medida cautelar ha sido revocada o suspendida por el tribunal arbitral o, caso de que esté facultado para hacerlo, por un foro judicial del Estado en donde, se tramite el procedimiento de arbitraje o conforme a cuyo derecho dicha medida se otorgó; o

b) si, el foro judicial resuelve que:

i) la medida cautelar es incompatible con las facultades que se le confieren, a menos que dicho foro decida reformular la medida para ajustarla a sus propias facultades y procedimientos a efectos de poderla ejecutar sin modificar su contenido; o bien que

ii) alguno de los motivos de denegación enunciados en los incisos i) o ii) del apartado b) del párrafo 1) del artículo 36 es aplicable al reconocimiento o la ejecución de la medida demandada.

2) Toda determinación a la que llegue el foro judicial respecto de cualquier motivo enunciado en el párrafo 1) del presente artículo será únicamente aplicable para los fines de la solicitud de reconocimiento y ejecución de la medida cautelar. El foro judicial al que se solicite el reconocimiento o la ejecución no podrá emprender, en el ejercicio de dicho cometido, una revisión del contenido de la medida cautelar.

Sección 5 - Medidas cautelares dictadas por el foro judicial

Artículo 17 *undecies* - Medidas cautelares dictadas por el foro judicial

El foro judicial gozará de la misma competencia para dictar medidas cautelares al servicio de actuaciones arbitrales y en lo concerniente a esas actuaciones que tengan lugar en el país de su jurisdicción o en otro país que la que disfruta al servicio de actuaciones judiciales o en relación con ellas, y ejercerá dicha competencia de conformidad con sus propias reglas y procedimientos en la medida en que sean compatibles con los rasgos distintivos de un arbitraje internacional.

---

* Las condiciones enunciadas en el artículo 17 *decies* tienen por objeto limitar el número de circunstancias en las que un foro judicial podrá denegar la ejecución de una medida cautelar. No se menoscabará en nada el objetivo de armonización que se intenta lograr con estas disposiciones modelo si un Estado prevé en ellas menos supuestos en los que pueda denegarse la ejecución de una medida cautelar.

Otras disposiciones de la Ley Modelo sobre Arbitraje por enmendar

Párrafo 2 del artículo 1 de la Ley Modelo

2) Las disposiciones de la presente Ley, con excepción de los artículos 8, 9, 17 *novies*, 17 *decies*, 17 *undecies*, 35 y 36, se aplicarán únicamente si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio de este Estado.

Anexo II

Disposiciones legales revisadas sobre la forma del acuerdo de arbitraje

1) Proyecto de artículo 7 revisado

Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje

1) El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito.

3) Un acuerdo de arbitraje constará por escrito si queda constancia de sus términos de cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.

4) El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella contenida es accesible para su ulterior consulta. Por "comunicación electrónica" se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por "mensaje de datos" se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

5) Además, se considerará que un acuerdo de arbitraje consta por escrito si está consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra.

6) La remisión hecha en un contrato a un texto que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje, siempre que dicha remisión implique que esa cláusula forma parte del contrato.

2) Variante

Artículo 7. Definición del acuerdo de arbitraje

El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

Otras disposiciones de la Ley Modelo sobre el Arbitraje por enmendar

Párrafo 2 del artículo 35 de la Ley Modelo

La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá presentar el laudo original o copia certificada del mismo. Si el laudo o el acuerdo de arbitraje no estuvieran redactados en un idioma oficial de este Estado, el tribunal puede exigir a la parte que presente una traducción certificada a ese idioma de dichos documentos.

Anexo III

Proyecto de declaración sobre la interpretación del párrafo 2 del artículo II y el párrafo 1 del artículo VII de la Convención de Nueva York

"*Declaración relativa a la interpretación del párrafo 2 del artículo II y el párrafo 1 del artículo VII de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha el 10 de junio de 1958 en Nueva York*

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional,

[1] *Recordando* la resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1966, por la que fue establecida la Comisión con el objeto de promover la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional,

[2] *Consciente* del hecho de que en la Comisión están representados los diferentes sistemas jurídicos, sociales y económicos del mundo, junto con los diferentes niveles de desarrollo,

[3] *Recordando* las sucesivas resoluciones en que la Asamblea General reafirmó el mandato de la Comisión como órgano jurídico central del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional, para coordinar las actividades jurídicas en este campo,

[4] *Consciente* de su mandato de impulsar la armonización y la unificación progresivas del derecho mercantil internacional promoviendo, entre otras cosas, medios para asegurar una interpretación y aplicación uniformes de las convenciones internacionales y de las leyes uniformes en el campo del derecho mercantil internacional,

[5] *Convencida* de que la amplia adopción de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras ha supuesto un logro importante para la promoción del imperio de la ley, especialmente en el ámbito del comercio internacional,

[6] *Recordando* que la Conferencia de Plenipotenciarios que preparó y abrió a la firma la Convención aprobó una resolución que decía, entre otras cosas, que la Conferencia "considera que una mayor uniformidad en las leyes nacionales relativas al arbitraje haría más eficaz el arbitraje como medio de solución de las controversias de derecho privado ...",

[7] *Teniendo en cuenta* las diferentes interpretaciones de los requisitos de forma que establece la Convención y que obedecen en parte a diferencias de expresión entre los cinco textos igualmente auténticos de la Convención,

[8] *Teniendo en cuenta* el artículo VII 1) de la Convención, uno de cuyos objetivos es permitir la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en la mayor medida posible, en particular reconociendo el derecho de cualquier parte interesada a acogerse a las leyes o los tratados del país donde la sentencia se invoque,

incluyendo los casos en que dichas leyes o tratados ofrezcan un régimen más favorable que el de la Convención,

[9] *Considerando* el extendido uso del comercio electrónico,

[10] *Teniendo en cuenta* los instrumentos jurídicos internacionales, como la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, y sus revisiones posteriores, particularmente en lo que respecta al artículo 7, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales,

[11] *Teniendo también en cuenta* que se han promulgado leyes nacionales más favorables que la Convención en lo que respecta al requisito de forma a que están sometidos los acuerdos de arbitraje, los procedimientos de arbitraje y la ejecución de las sentencias arbitrales, que han dado origen a una jurisprudencia,

[12] *Considerando* que, al interpretar la Convención, ha de tenerse en cuenta la necesidad de promover el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales,

[13] *Recomienda* que el párrafo 2 del artículo II de la Convención se aplique teniendo en cuenta que las circunstancias que en él se describen no son exhaustivas,

[14] *Recomienda* que el párrafo 1 del artículo VII de la Convención se aplique de forma que permita a las partes interesadas acogerse a los derechos que puedan corresponderle en virtud de las leyes o los tratados del país donde se invoque el acuerdo de arbitraje, para obtener el reconocimiento de la validez de ese acuerdo de arbitraje."

F. Nota de la Secretaría sobre solución de controversias comerciales: preparación de disposiciones uniformes sobre la forma escrita para los acuerdos de arbitraje, presentada al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación en su 44º período de sesiones

(A/CN.9/WG.II/WP.139) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
	Introducción	1-10
I.	Interpretación del artículo II 2) de la Convención de Nueva York por los tribunales estatales	11-23
	A. Interpretación de los términos "firmados" y "canje de documentos"	11-15
	Observación general	11
	Exigencia estricta de firma o canje de documentos	12
	Combinación de requisitos alternativos de forma	13
	Interpretaciones divergentes del requisito de firma	14
	Interpretaciones divergentes del requisito de canje de documentos entre las partes	15
	B. Aplicación de otros principios jurídicos cuando no se han cumplido los requisitos de forma	16-21
	Remisión al comportamiento de las partes ("estoppel")	16-17
	Incorporación de la cláusula o acuerdo de arbitraje en el contrato por una simple referencia a dicha cláusula o acuerdo o por las relaciones comerciales normales	18-21
	C. Nuevos medios de comunicación	22-23
II.	Interacción entre el artículo II 2) y el artículo VII 1) de la Convención de Nueva York	24-34
	A. Requisito de forma uniforme o máximo	26-30
	B. Régimen de autosuficiencia	31-33
	C. El artículo VII 1) y la referencia a los acuerdos de arbitraje	34
III.	Observaciones finales	35-37
	A. Observaciones generales	35-36
	B. Proyecto de declaración sobre la interpretación del artículo VII 1) de la Convención	37

Introducción

1. En su 32º período de sesiones (Viena, 17 de mayo a 4 de junio de 1999), la Comisión tuvo ante sí una nota titulada "Posible labor futura en materia de arbitraje comercial internacional" (A/CN.9/460; este documento, y todos los demás documentos de la CNUDMI que se citan a continuación, pueden consultarse en el sitio web www.uncitral.org). Uno de los temas que se plantearon fue en qué medida era necesario actualizar la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) (en adelante "la Convención de Nueva York") en lo relativo a la formación del acuerdo de arbitraje[1]. La Comisión decidió que, como parte de su labor futura, era necesario actualizar el párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York[2] (en adelante "artículo II 2)"), que dispone que el acuerdo de arbitraje constará por escrito "en un contrato o en un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas[3]". La Comisión consideró que se necesitaba seguir considerando dos de las cuestiones generales señaladas en una nota de la Secretaría (A/CN.9/460, párrs. 22 a 31), a saber, la cuestión del requisito de forma escrita y sus consecuencias para los medios actuales de comunicación y comercio electrónico, y la cuestión de la aceptación por las partes de un acuerdo de arbitraje que no conste en un canje de cartas o telegramas[4]. Además, la Comisión señaló que tal vez se habría de prestar atención especial a determinadas situaciones de hecho que planteaban graves problemas a los efectos de la Convención de Nueva York, entre ellas las siguientes: aceptación tácita o verbal de una orden de compra por escrito; o un contrato concluido en forma verbal que se refiera a condiciones generales escritas; o ciertas notas de intermediarios, conocimientos de embarque y otros instrumentos o contratos por los que se transfieran derechos u obligaciones a terceros no firmantes[5].

---

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 17*, A/54/17, párr. 344.

[2] El artículo II de la Convención de Nueva York establece lo siguiente:

"1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

2. La expresión "acuerdo por escrito" denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.

3. El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable."

[3] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 17*, A/54/17, párr. 344.

[4] *Ibid.*, párr. 345.

[5] *Ibid.*, párr. 346.

2. Se expresaron diversas opiniones con respecto a la manera de actualizar la Convención de Nueva York[6], entre ellas: mediante un protocolo adicional[7]; mediante una revisión del artículo II 2) a través de la aprobación de una ley modelo que permita relegar ese artículo al amparo de la disposición relativa a la ley más favorable del párrafo 1 del artículo VII de la Convención de Nueva York[8] (en adelante "artículo VII 1)")[9]; mediante la elaboración, aparte de esa ley modelo, de directrices u otro tipo de instrumentos no vinculantes que puedan utilizar los tribunales como guía para la aplicación de la Convención de Nueva York[10]; o mediante la preparación de una convención independiente de la Convención de Nueva York que aborde las situaciones que no estén comprendidas en la esfera de aplicación de ésta, entre ellas, por ejemplo, situaciones en que el acuerdo de arbitraje no cumpla el requisito de forma establecido en el artículo II 2)[11].

---

[6] *Ibid*., párrs. 347 a 349.

[7] *Ibid*., párr. 347; se expresó preocupación por la condición jurídica de ese protocolo y por la posibilidad de que si se intentaba revisar la Convención de Nueva York se podían poner en peligro los resultados que la Convención de Nueva York había logrado hasta la fecha.
En respuesta a esa preocupación se señaló que el propio éxito de la Convención de Nueva York (...) debía facilitar a la CNUDMI la tarea de abordar una revisión limitada del texto, si esa labor era necesaria para adaptar sus disposiciones a la realidad cambiante de la práctica comercial.

[8] El artículo VII de la Convención de Nueva York establece lo siguiente:

"1. Las disposiciones de la presente Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados Contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque.

2. El Protocolo de Ginebra de 1923 relativo a las cláusulas de arbitraje y la Convención de Ginebra de 1927 sobre la ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras dejarán de surtir efectos entre los Estados Contratantes a partir del momento y en la medida en que la presente Convención tenga fuerza obligatoria para ellos."

[9] *Ibid*., párr. 348; se observó que esa solución solo podría adoptarse si el artículo II 2) ya no debe interpretarse como una regla uniforme que establece el requisito mínimo de escritura, sino como una regla que establece el requisito máximo de forma. También se sugirió que cualquier legislación modelo que se preparara con respecto a la formación del acuerdo de arbitraje podría comprender una disposición redactada con arreglo al artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980) a fin de facilitar la interpretación sobre la base de principios internacionalmente aceptados (véanse también los párrs. 26 a 30 y la nota 59 del presente documento).

[10] *Ibid*.

[11] *Ibid*., párr. 349; aunque se expresó cierto apoyo en favor de esa sugerencia, según otra opinión la experiencia indicaba que el proceso de lograr la aprobación y la amplia ratificación de una nueva convención podía tomar muchos años y que entre tanto existiría una indeseable falta de uniformidad. Se indicó que el criterio que se sugería podía ser especialmente adecuado para abordar varias de las situaciones de hecho concretas que planteaban graves problemas a los efectos de la Convención de Nueva York (véase el párr. 1 del presente documento).
Sin embargo, con respecto a varias de estas situaciones (por ejemplo, la transferencia de derechos u obligaciones a terceros no firmantes), en general se opinó que lo que estaba en juego eran cuestiones generales relativas a la esencia y validez de la transacción básica.
En consecuencia, se expresaron dudas acerca de si era conveniente y factible tratar de abordar esas cuestiones en el contexto de un conjunto de disposiciones orientadas, en principio, a la formación del acuerdo de arbitraje.

3. La Comisión encomendó la labor al Grupo de Trabajo encargado de las cuestiones relacionadas con el arbitraje[12] el cual la abordó en su 32º período de sesiones (Viena, 20 a 31 de marzo de 2000).

4. En su 32º período de sesiones, el Grupo de Trabajo debatió posibles vías alternativas para lograr una interpretación más amplia del artículo II 2), tal y como había señalado la Comisión, mediante: a) la adopción de una declaración, resolución o nota en que se abordara la interpretación de la Convención de Nueva York y se estableciera que, para eliminar dudas, el objetivo del artículo II 2) era abarcar determinadas situaciones o tener determinados efectos; o b) alentando una interpretación más amplia de la Convención de Nueva York basándose en el planteamiento de algunos tribunales estatales que interpretaban el artículo II 2) en consonancia con la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional[13] (en adelante "la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Arbitraje") o c) preparando directrices prácticas o notas que establecieran cómo puede utilizarse el artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje como instrumento interpretativo que aclare la aplicación del artículo II 2) según se indica en los párrafos 33 y 34 del documento A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1.

5. La opinión que prevaleció en el 32º período de sesiones del Grupo de Trabajo fue que, como enmendar oficialmente la Convención de Nueva York o elaborar un protocolo de dicha Convención probablemente exacerbaría la falta actual de armonía en la interpretación y como la aprobación de ese protocolo o enmienda por algunos Estados requeriría bastantes años y, mientras tanto, contribuiría a agravar la incertidumbre, ese planteamiento era básicamente inviable. El Grupo de Trabajo, haciendo suyo el punto de vista de que sería útil aprobar una directriz relativa a la interpretación del artículo II 2) para lograr el objetivo de garantizar una interpretación uniforme que respondiera a las necesidades del comercio internacional, decidió que se siguiera estudiando una declaración o resolución sobre la interpretación de la Convención de Nueva York que reflejara una interpretación más amplia del requisito de forma, a fin de determinar cuál sería el enfoque óptimo[14].

6. En sus períodos de sesiones 33º (Viena, 20 de noviembre a 1 de diciembre de 2000) y 34º (Nueva York, 21 de mayo a 1 de junio de 2001), el Grupo de Trabajo examinó anteproyectos de instrumentos interpretativos del artículo II 2)[15].

7. En su 36º período de sesiones (Nueva York, 4 a 8 de marzo de 2002), el Grupo de Trabajo tuvo ante sí el texto del proyecto de declaración aprobado en su 34º período de sesiones[16] y volvió a examinar las diversas opciones existentes para resolver las dificultades planteadas por la aplicación práctica del artículo II 2), antes de entrar a considerar el proyecto de instrumento interpretativo revisado.

---

[12] *Ibid.*, párrs. 344 a 350 y 380.
[13] A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1, párr. 36 y nota 9.
[14] A/CN.9/468, párrs. 88 a 99.
[15] A/CN.9/485, párrs. 60 a 77 y A/CN.9/487, párrs. 42 a 63, respectivamente; el último proyecto de declaración considerado por el Grupo de Trabajo figura en el documento A/CN.9/508, párr. 41.
[16] A/CN.9/508, párr. 41.

8. El Grupo de Trabajo examinó a fondo los diversos argumentos aducidos en favor de las propuestas de enmendar la Convención de Nueva York y de aprobar una declaración interpretativa[17]. El Grupo de Trabajo reconoció que no podía, en aquella etapa, llegar a un consenso sobre si procedía preparar un protocolo de enmienda o una declaración interpretativa de la Convención de Nueva York y decidió que ambas opciones siguieran abiertas para su examen por el Grupo de Trabajo o la Comisión en una etapa ulterior. Entre tanto, el Grupo de Trabajo convino en que sería útil impartir directrices sobre la interpretación y aplicación del requisito de forma que establece la Convención de Nueva York con miras a lograr un mayor grado de uniformidad. Cabía hacer una contribución valiosa al respecto en la guía para la promulgación del proyecto de revisión del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje, que se había pedido a la Secretaría que preparara para su futuro examen por el Grupo de Trabajo, estableciendo un vínculo armonioso entre las nuevas disposiciones de dicha Ley Modelo y la Convención de Nueva York, a reserva de una decisión definitiva del Grupo de Trabajo sobre la mejor forma de abordar la aplicación del artículo II 2)[18].

9. Si bien no se objetó nada contra esta línea de actuación, se expresó el parecer de que el mero hecho de tratar de resolver esta cuestión en una guía para la promulgación de un nuevo texto del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje podía condicionar el examen de la posibilidad de preparar un protocolo de enmienda de la Convención de Nueva York. Se dijo que sería contraproducente suscitar cuestiones relativas a la Convención de Nueva York en una guía para la promulgación (texto auxiliar de valor jurídico dudoso) de una nueva disposición de dicha Ley Modelo, que era a su vez un texto carente de todo valor jurídico vinculante. Se dijo que sería preferible no intentar resolver en modo alguno las cuestiones suscitadas por la interpretación del requisito de forma que establecía la Convención de Nueva York. El Grupo de Trabajo tomó nota de esas observaciones[19].

10. Examinar cómo han definido los tribunales qué se entiende por acuerdo por escrito en la Convención de Nueva York puede ayudar a identificar las divergencias de dichos tribunales en la interpretación de la forma de los acuerdos de arbitraje. En esta nota se considera cómo han interpretado los tribunales estatales los requisitos de forma que establece el artículo II 2) y se explora en qué medida el artículo VII 1) de la Convención de Nueva York puede facilitar la actualización del requisito de forma de los acuerdos de arbitraje.

---

[17] *Ibid.*, párrs. 42 a 48.
[18] *Ibid.*, párr. 49.
[19] *Ibid.*, párr. 50.

I. Interpretación del artículo II 2) de la Convención de Nueva York por los tribunales estatales

A. Interpretación de los términos "firmados" y "canje de documentos"

Observación general

11. El artículo II 2) de la Convención de Nueva York contiene una definición de unos términos incluidos en el artículo II 1), que obliga a los Estados Contratantes a reconocer un "acuerdo por escrito". El artículo II 2) prevé dos posibles formas de cumplir el requisito de que el acuerdo sea "por escrito", denominado también "requisito de forma". La primera es que las partes firmen una cláusula de arbitraje incluida en un contrato, o un acuerdo de arbitraje. La segunda es que un canje de cartas o telegramas contenga una cláusula de arbitraje incluida en un contrato, o un acuerdo de arbitraje. El requisito de forma, al exigir que haya o bien una firma o bien un canje de documentos, garantiza que exista constancia expresa del consentimiento del arbitraje por las partes.

Exigencia estricta de firma o canje de documentos

12. En varios casos, los tribunales estatales han exigido un cumplimiento estricto de los requisitos que establece el artículo II 2) y solo han fallado en favor de la ejecución de sentencias arbitrales si el contrato que contenía la cláusula de arbitraje, o el acuerdo de arbitraje, habían sido firmados por las partes[20] o estaban contenidos en un canje de cartas o telegramas[21]. En diversos casos, los tribunales estatales

---

[20] Noruega, Tribunal de Apelación de Halogaland, 16 de agosto de 1999 (Stockholm Arbitration Report, (1999), vol. 2, página 121): *el tribunal consideró que un contrato concluido mediante un intercambio de correos electrónicos en el que se hacía referencia a una póliza GENCON no constituía un acuerdo de arbitraje por escrito conforme con los términos del artículo II 2) de la Convención de Nueva York. El tribunal concluyó que el intercambio de correos electrónicos junto con la copia de la póliza GENCON, que no había sido firmada, no cumplían los "requisitos básicos de protección jurídica que establece la Convención"*; Países Bajos, Tribunal de Primera Instancia de Dordrecht, North American Soccer League Marketing, Inc. (Estados Unidos) v. Admiral International Marketing and Trading BV (Países Bajos) y Frisol Eurosport BV (Países Bajos), 18 de agosto de 1982, (Yearbook Commercial Arbitration X (1985), página 490); Alemania, Tribunal de Apelación de Brandenburgo, 13 de junio de 2002, (núm. 8, Sch 2/01); España, Tribunal Supremo, Delta Cereales España SL (España) v. Barredo Hermanos S.A., 6 de octubre de 1998, (Yearbook Commercial Arbitration XXVI (2001), página 854): *la ejecución del laudo arbitral no se admitió porque el documento que contenía la cláusula arbitral y que las partes presentaron no estaba firmado.*

[21] Países Bajos, Tribunal de Apelación, Hertogenbosh, Sneek Hardhout Import BV (Países Bajos) v. Karl Schlueter KG (GmbH & Co) (Alemania), 14 de julio de 1995, (Yearbook Commercial Arbitration XXI (1996), página 643): *se consideró que era válido un acuerdo de arbitraje contenido en las condiciones generales del contrato, firmado por una parte y enviado por fax a la otra parte, la cual firmó y devolvió por fax el documento*; Austria, Tribunal Supremo, 22 de mayo de 1991, (OGH 22.5.1991, 3 Ob 73/91, SZ 64/61): *en relación con el artículo V 1), un tribunal decidió que podía denegarse la ejecución (previa solicitud de la parte contraria a tal ejecución) si no se cumplían los requisitos de forma "que establece de forma exclusiva y exhaustiva el artículo II 2)";* Estados Unidos, Tribunal del Distrito Sur de Nueva York, Sen Mar, Inc. v. Tiger Petroleum Corporation (1991) (774 F Supp. 879): *el tribunal decidió que solo podía exigirse el cumplimiento de una cláusula de arbitraje al amparo de la Convención de*

exigieron estrictamente una aceptación expresa, bien mediante firma o bien mediante canje de documentos de ambas partes[22]. Sin embargo, no parece que este principio exija que la cláusula de arbitraje haya sido aprobada por separado y por escrito[23] o haya sido debatida expresamente por las partes[24]. Al menos un tribunal concluyó que el requisito de forma no se podía ignorar ni siquiera en caso de que dictar una resolución que afirmara que un acuerdo de arbitraje no cumpla el requisito de forma establecido en el artículo II 2) contradijera el principio de buena fe[25]. Este requisito prevalecía sobre otros requisitos más o menos exigentes de las leyes nacionales (véase *infra,* párrafo 32)[26].

Nueva York si dicha cláusula estaba incluida en un documento escrito y firmado o en un canje de cartas; en ese caso concreto no se podía exigir el cumplimiento del acuerdo porque este solo figuraba en un télex que había sido impugnado en su totalidad por la otra parte.

[22] Estados Unidos, Tribunal del Distrito Oeste de Washington, Richard Bothell and Justin Bothell, d/b/a Atlas Technologies and Atlas Bimetals Labs Inc. v. Hitachi Zosen Corp et al, 19 de mayo de 2000 (97 F Supp 2d 1048): *el tribunal consideró que no había ningún indicio de un acuerdo de arbitraje en el contenido expreso de las órdenes de compra y demás documentos intercambiados entre las partes.*

[23] Italia, Tribunal Supremo, Krauss Maffei Verfahrenstechnik GmbH (Alemania) v. Bristol Myers Squibb (Italia), 10 de marzo de 2000, (Yearbook Commercial Arbitration XXVI (2001), página 816): *el tribunal declaró que no era necesario que la cláusula de arbitraje hubiera sido aprobada por separado y por escrito puesto que tal cláusula era válida si estaba contenida en un documento firmado por las dos partes contratantes: "una vez que esta claro que las partes tienen que firmar la cláusula de arbitraje y que ha de constar sin ambigüedades su intención inequívoca de someter a arbitraje la controversia, de ello se deduce que una cláusula de arbitraje no es válida si está contenida (...) en los documentos (...) firmados por el vendedor extranjero pero no aparece en el documento (...) mediante el cual el comprador aceptó la oferta del vendedor".*

[24] Corea, Tribunal Supremo, Kukje Sangsa Co Ltd (Corea) v. GKN International Trading (Londres) Ltd (Reino Unido), 10 de abril de 1990, (Yearbook Commercial Arbitration XVII (1992), página 568): *el tribunal sostuvo que el requisito de forma del artículo II 2) se cumplía si se concluía un contrato de venta mediante la aceptación de órdenes de compra según los términos de estas, que incluían una cláusula de arbitraje; el tribunal desestimó el argumento del demandado de que no se había aceptado la cláusula de arbitraje porque estaba impresa en letras más pequeñas que las demás condiciones contractuales y no había sido debatida por las partes.*

[25] Italia, Tribunal Supremo, Robobar Limited (Reino Unido) v. Finncold sas (Italia), 28 de octubre de 1993, (Yearbook Commercial Arbitration XX (1995), página 739): *se desestimó el argumento de que sería contrario a la buena fe impugnar la validez de la cláusula de arbitraje porque no se podía ignorar ese requisito formal.*

[26] Austria, Tribunal Supremo, 22 de mayo de 1991, (OGH 22.5.1991, 3 Ob 73/91, SZ 64/61): *en relación con el artículo V 1), un tribunal decidió que podía denegarse la ejecución (previa solicitud de la parte contraria a tal ejecución) si no se cumplían los requisitos de forma escrita "que establece de forma exclusiva y exhaustiva el artículo II 2)"*; Alemania, Tribunal Superior de Land (OLG), Schleswig, 30 de marzo de 2000, (16 SchH 05/99): *el tribunal declaró que el artículo II 2) prevalecía sobre cualquier disposición legal nacional relativa a los requisitos formales, y el principio de interpretación autónoma significaba que no se podía aplicar la legislación nacional para interpretar y establecer el alcance del acuerdo de arbitraje*; Suiza, Tribunal Supremo, Insurance Company (Suecia) v. Reinsurance Company (Suiza), 21 de marzo de 1995 (Yearbook Commercial Arbitration XXII (1997), página 800): *el tribunal señaló que los requisitos formales eran exclusivamente los determinados por el artículo II 2), que se debían interpretar independientemente, sin recurrir a la legislación nacional*; Alemania, Tribunal Superior de Land (OLG), Colonia, 22 de junio de 1999, (9 Sch 08/99): *el tribunal afirmó que el*

Combinación de requisitos alternativos de forma

13. Los tribunales estatales han concluido también que, aparte de aquellas situaciones en las que ambas partes firman el mismo documento[27], hay firma si se produce un cumplimiento combinado de requisitos alternativos de forma, reconociéndose así la validez de un acuerdo de arbitraje si las dos partes han cumplido sea el requisito de la firma sea el requisito del canje de documentos, pero no reconociéndola si solo una parte cumplió el requisito de que el acuerdo conste por escrito[28]. Los tribunales, basándose en la idea de que tiene que haber un acuerdo mutuo de arbitraje, sea firmado o sea a través de un canje de documentos, en general han rechazado los acuerdos de arbitraje orales[29], aun los confirmados por la otra parte por escrito e incluso si hubo una comparecencia posterior de ambas partes ante el árbitro[30], una aceptación tácita[31] o la ejecución del contrato[32]. Por otra parte, tampoco han permitido que se reconozca la existencia de un acuerdo de arbitraje basándose en que anteriormente se habían aplicado de forma ordinaria las condiciones generales del comercio[33].

---

requisito de forma que establecía el artículo II 2) se cumplía si las partes firmaban un contrato que contuviera una cláusula de arbitraje.

[27] Austria, Tribunal Supremo (OGH), 21 de febrero de 1978, 3 Ob 120/77, SZ 51/18 (Yearbook Commercial Arbitration X (1985), página 418).

[28] Austria, Tribunal Supremo, 7 de noviembre de 1979, (OGH 7.11.1979, 3 Ob 144/79, SZ 52/160); Italia, Tribunal Supremo, Universal Peace Shipping Enterprises SA (Panamá) v. Montedipe SpA (Italia), 28 de marzo de 1991 (Yearbook Commercial Arbitration XVII (1992), página, 562): *el tribunal falló que un contrato oral de venta y un conocimiento de embarque que incluía una cláusula de arbitraje y que fue enviado por una parte pero no fue firmado no cumplen el requisito de forma que establece el artículo II 2) de la Convención de Nueva York.*

[29] Italia, Tribunal Supremo, Marc Rich & Co AG v. Societa Italiana Impianti SpA, 25 de enero de 1991, (Yearbook Commercial Arbitration XVII (1992), página 554, y decisión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de fecha 25 de julio de 1991, página 233*)*: *el contrato se concluyó mediante un canje de télex: habida cuenta de que Impianti no respondió a un télex posterior de Marc Rich estableciendo nuevas condiciones para el contrato, incluida una cláusula de arbitraje, ni lo aceptó, el tribunal decidió que no había prueba de un acuerdo mutuo de arbitraje por escrito y que, por tanto, los tribunales italianos tenían jurisdicción sobre el caso; el tribunal indicó que "en lo que respecta a las cláusulas de arbitraje extranjero, la Convención de Nueva York exige siempre la forma escrita".*

[30] Alemania, Tribunal Superior de Land (OLG), Düsseldorf (1971) (Yearbook Commercial Arbitration II (1977), página 237).

[31] Alemania, Tribunal Superior de Land (OLG), Rostock, 22 de noviembre de 2001, (1 Sch 03/2000); Italia, Tribunal Supremo, Marc Rich & Co AG v. Societa Italiana Impianti SpA, 25 de enero de 1991, (Yearbook Commercial Arbitration XVII (1992), página 554).

[32] Italia, Tribunal Supremo, Robobar Limited (Reino Unido) v. Finncold sas (Italia) 28 de octubre de 1993, (Yearbook Commercial Arbitration XX (1995), página 739).

[33] Países Bajos, Tribunal de Apelación de La Haya, James Allen (Irlanda) Ltd v. Marea Producten B.V. (Países Bajos), 17 de febrero de 1984, (Yearbook Commercial Arbitration X (1985), página 485): *las partes habían realizado al menos 25 transacciones anteriores de conformidad con las condiciones normales, que incluyen una cláusula de arbitraje; en la última transacción, la que motiva esta controversia, no se hizo referencia a estas condiciones normales y el tribunal decidió que la utilización anterior de forma ordinaria de las condiciones generales del comercio (que contienen una cláusula de arbitraje) no puede constituir un acuerdo de arbitraje ejecutable en un caso en el que no se hizo expresamente referencia a esas condiciones generales; el tribunal señaló que el requisito de "acuerdo por escrito" a que se hace referencia en la Convención de Nueva York excluía la posibilidad de invocar esa utilización continua.*

Interpretaciones divergentes del requisito de firma

14. El requisito de firma que establece el artículo II 2) no ha sido interpretado uniformemente por los tribunales estatales. Se pueden encontrar interpretaciones divergentes a este respecto en decisiones de los tribunales de los Estados Unidos, que han considerado en algunos casos que el requisito de firma o canje de documentos que establece el artículo II 2) solo se aplica si se trata de un acuerdo de arbitraje separado del contrato principal, y no si se trata de una cláusula de arbitraje contenida en un contrato[34]. Según esa interpretación, el artículo II 2) establecería dos regímenes diferentes, uno de ellos el correspondiente a "una cláusula de arbitraje en un contrato" y el otro a "un acuerdo de arbitraje a) firmado por las partes o b) contenido en un canje de cartas o telegramas". Ese razonamiento fue posteriormente seguido en un juicio en primera instancia en el que el tribunal consideró que una orden de compra no firmada constituía una "cláusula arbitral en un contrato" y que, como tal, no estaba sometida al requisito de firma o canje de documentos[35]. Sin embargo, debe señalarse que esa interpretación fue rechazada en

---

[34] Estados Unidos, Tribunal de Apelación del Quinto Circuito, Sphere Drake Insurance plc v. Marine Towing, Inc., 23 de marzo de 1994, (16 F 3d 666 Yearbook Commercial Arbitration XX (1995), página 937): *ese caso se relacionaba con un contrato de seguro que no había sido firmado por la parte asegurada. El asegurado sostenía que como no había firmado el contrato no había "acuerdo por escrito" según los términos de la Convención de Nueva York; para que su cumplimiento sea exigible de conformidad con la Convención de Nueva York, o bien el contrato que contiene la cláusula de arbitraje tiene que haber sido firmado por las partes o las partes tienen que demostrar su consentimiento del mismo mediante un canje de correspondencia. El tribunal rechazó esa interpretación y resolvió que la definición de la Convención de Nueva York del "acuerdo por escrito" incluía o bien: 1) una cláusula de arbitraje en un contrato o 2) un acuerdo de arbitraje: a) firmado por las partes, o b) contenido en un canje de cartas o telegramas. Para llegar a esta decisión, el tribunal citó la decisión del* Tribunal del Distrito Sur de Nueva York, Sen Mar, Inc. v. Tiger Petroleum Corporation (1991) (774 F Supp. 879), *aunque renunciando a respetarla, y adoptó una opinión contraria sobre la interpretación del artículo II 2).*
La interpretación aceptada en el caso Sphere Drake (1994) fue utilizada como precedente en el asunto Stony Brook Marine Transportation Corporation v. Leslie Wilton, Compagnie d'Assurances Maritimes Aeriennes et Terrestres and Lev A. Osman (1996) 94 CV 5880 (JS) *en el que se hacía referencia a una cláusula de arbitraje contenida en un certificado de aseguramiento emitido después de que se hubiera producido la pérdida y no firmado por el asegurado, pero a la que se hacía referencia en una póliza escrita preparada por el agente del asegurado y firmada por el asegurador. La interpretación en el caso Sphere Drake (1994) aparentemente influyó también en el* Tribunal de Distrito de Minnesota, en el caso Polytek Engineering v. Jacobson Companies y Jacobson Inc. (1997) 984 F Supp 1238 *(aunque no mencionó expresamente el caso, llegó a la conclusión de que una orden de compra no firmada en la que se hacía referencia por dos veces a un contrato anexo que contenía una cláusula de arbitraje, que fue parcialmente cumplido por la parte que intentaba evitar el arbitraje, cumplía el requisito de que el acuerdo fuera escrito).*

[35] Estados Unidos, Tribunal de Distrito, Kahn Lucas Lancaster, Inc. v. Lark International Ltd (11 de agosto de 1997) (núm. 95 CIV 10506): *el tribunal siguió el precedente de* Sphere Drake Insurance plc v. Marine Towing, Inc. *y rechazó el precedente del caso* Sen Mar Inc. v. Tiger Petroleum Corp.: *el caso se refería a unas ordenes de compra atendidas por el demandado pero no firmadas por él; el tribunal consideró que "la existencia de una cláusula arbitral en un contrato basta para que sea aplicable la Convención de Nueva York; el "acuerdo por escrito" no tiene que estar necesariamente firmado por las partes o contenido en un canje de cartas o telegramas siempre que el tribunal pueda constatar de otro modo la existencia de una cláusula arbitral en un contrato". En apelación (véase la nota 36* infra*), esa interpretación del artículo II 2) fue rechazada.*

apelación[36], y no ha sido utilizada mucho como precedente en los Estados Unidos o por los tribunales de otros Estados. En otros casos los tribunales estatales han afirmado que la definición de "acuerdo por escrito" exige que tal acuerdo, tanto si es una cláusula de arbitraje como si es un acuerdo contenido en un contrato, haya sido firmado por las partes o esté contenido en una serie de cartas o telegramas intercambiados por las partes[37].

Interpretaciones divergentes del requisito de canje de documentos entre las partes

15. El requisito de canje de documentos entre las partes no ha sido interpretado de forma uniforme por los tribunales estatales. Algunos de ellos han interpretado estrictamente el término "canje" para que signifique que el documento que contiene la cláusula o el acuerdo de arbitraje debe ser devuelto, por la parte a la que fue enviado a la parte que lo envió inicialmente[38]. Según esta tendencia de la jurisprudencia, el requisito de que haya un "canje", y por consiguiente una oferta escrita de un contrato que contenga una cláusula de arbitraje, o de un acuerdo de arbitraje, y una aceptación escrita, excluye una amplia gama de situaciones de hecho[39]. En otros casos se consideró suficiente para considerar cumplido el requisito de forma del artículo II 2) una referencia a la cláusula o el acuerdo de arbitraje en una correspondencia posterior procedente de la parte a la que se había enviado la cláusula o el acuerdo de arbitraje[40].

---

[36] Estados Unidos, Tribunal de Apelación del Segundo Circuito, Kahn Lucas Lancaster, Inc. v. Lark International Ltd, 29 de julio de 1999 (186 F 3d 210): *el tribunal afirmó que la definición de "acuerdo por escrito" exigía que tal acuerdo, tanto si era un acuerdo de arbitraje como si era una cláusula de arbitraje contenida en un contrato, estuviera firmado por las partes o contenido en una serie de cartas o telegramas intercambiados por las partes.*

[37] *El razonamiento seguido en apelación en el caso Kahn Lucas ha sido utilizado como precedente en casos posteriores por el* Tribunal de Distrito de Connecticut, Coutinho Caro and Co USA Inc. v. Marcus Trading Inc., 14 de marzo de 2000, y Judy Tien Lo v. Aetna International (2000) WL 565465 y por el Tribunal del Distrito Sur de California, Chloe Z Fishing Co., Inc. v. Odyssey Re (Londres) Ltd., 29 de abril de 2000, 109 F Supp 2d 1236, *caso en el que el tribunal señaló la existencia de diferentes interpretaciones y manifestó su preferencia por la interpretación en el caso Kahn Lucas (1999) (en contraposición al caso Sphere Drake (1994)), señalando, sin embargo, que los hechos que concurrían en el caso Kahn Lucas no se podían trasponer al caso examinado en aquel momento. En algunos otros casos se ha seguido expresamente la interpretación aceptada en el caso Kahn Lucas*: Tribunal del Distrito Oeste de Washington, Bothell and Bothell v. Hitachi Rosen Corporation, 19 de mayo de 2000, (97 F Supp 2d 1048), *caso en el que el tribunal rechazó la petición de que el procedimiento judicial se basara en una interpretación muy restrictiva del canje de documento; también se mencionó el razonamiento en apelación del caso Kahn Lucas en el caso del* Reino Unido, Queen's Bench Division, Commercial Court, XL Insurance Ltd. V. Owens Corning, 28 de julio de 2000, 2 Lloyd's Rep 500, (Yearbook Commercial Arbitration XXVI (2001), página 869).

[38] Italia, Tribunal de Apelación de Nápoles (1974), (Yearbook Commercial Arbitration I (1976), Caso núm. 11, página 193).

[39] A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1, párr. 12.

[40] Italia, Tribunal de Apelación de Florencia (1977), (Yearbook Commercial Arbitration IV (1979), Caso núm. 29, página 289).

B. Aplicación de otros principios jurídicos cuando no se han cumplido los requisitos de forma

Remisión al comportamiento de las partes ("estoppel")

16. Se ha planteado la cuestión de que, si una parte realiza, sin objeciones, actos expresos vinculados con un acuerdo de arbitraje, dicha parte, no podrá alegar posteriormente, por razones de buena fe, que el acuerdo de arbitraje no cumple el requisito de forma escrita que establece el artículo II 2). La jurisprudencia no permite definir una tendencia dominante.

17. En varias decisiones, los tribunales estatales han reconocido la existencia de un acuerdo de arbitraje, aunque no hubiera un documento escrito, basándose en el comportamiento de las partes, remitiéndose para ello a los principios del régimen jurídico interno de los contratos[41], o considerando que la redacción permisiva del artículo V 1), "se podrá denegar", reservaba a los tribunales un margen de flexibilidad para determinar si se había concluido válidamente un acuerdo de arbitraje[42]. Por otra parte, un tribunal falló que el incumplimiento del requisito de forma escrita quedaba salvado por la participación en el arbitraje sin objeciones[43]. Sin embargo, los límites de la aplicación de este principio son menos claros y algunas decisiones de tribunales sugieren que se considera necesario que los actos de cumplimiento se refieran directamente al acuerdo de arbitraje o permitan al tribunal deducir que la parte deseaba aceptar el acuerdo de arbitraje[44].

---

[41] Estados Unidos, Tribunal de Apelación, Séptimo Circuito, Mary D. Slaney (Estados Unidos) v. International Amateur Athletic Federation (Mónaco), 27 de marzo de 2001, (Yearbook Commercial Arbitration XXVI (2001), página 1091): *el Tribunal decidió que las partes que no hubieran firmado un acuerdo de arbitraje podían no obstante estar vinculadas por él en aplicación de los principios contractuales y de representación ordinarios, incluido el principio estoppel.*

[42] Hong Kong, High Court, China Nanhai Oil Joint Service Corporation Shenzhen Branch (RP China) v. Gee Tai Holdings Co Ltd, 13 de julio de 1994, (Yearbook Commercial Arbitration XX (1995), página 671): *El Tribunal Supremo analizó la doctrina estoppel y declaró que esa doctrina era inherente a la Convención de Nueva York.*

[43] Grecia, Tribunal de Apelación de Atenas, Greek Company v. FR German Company, Decisión núm. 4458, (1984) (Yearbook Commercial Arbitration XIV (1989), página 638): *el incumplimiento del requisito de forma escrita quedó salvado por la participación en el arbitraje sin objeciones; para llegar a esa conclusión, el tribunal aplicó la legislación nacional que regula los procedimientos de arbitraje (sin hacer referencia al artículo VII 1) de la Convención de Nueva York).*

[44] España, Tribunal Supremo, Delta Cereales España SL (España) v. Barredo Hermanos SA (España), 6 de octubre de 1998, (Yearbook Commercial Arbitration XXVI (2001), página 854): "*la interpretación del Tribunal pretende establecer, a partir de las comunicaciones y actos de las partes, si deseaban incluir la cláusula de arbitraje en su contrato o, en general, someter su controversia a arbitraje*"*; en este caso, sin embargo, ni los documentos presentados por Delta ni los presentados por Barredo contenían una cláusula de arbitraje que cumpliera los requisitos del artículo II 2) porque no habían sido firmados por la otra parte*; Suiza, Tribunal de Apelación, Ginebra, C Import and Export Company (RP China) v. G SA (Suiza), 11 de diciembre de 1997, (Yearbook Commercial Arbitration XXIII (1998), página 764): *el Tribunal falló que la Convención de Nueva York permitía, aparte de actos escritos y firmados, actos que tuvieran una forma menos estricta pero fueran aceptados por los usos comerciales de las partes.*

Incorporación de la cláusula o acuerdo de arbitraje en el contrato por una simple referencia a dicha cláusula o acuerdo o por las relaciones comerciales normales

18. La Convención de Nueva York no aborda la cuestión del reconocimiento de una cláusula o acuerdo de arbitraje que, aunque no cumpla el requisito de forma, se constate que ha sido incorporado en un contrato o canje de cartas o telegramas por una simple referencia.

19. En lo que respecta a la incorporación por referencia, los tribunales estatales han establecido que el artículo II 2) exige que la referencia al acuerdo de arbitraje figure en el contrato principal[45] salvo si las partes tienen una relación empresarial continua[46]. En caso de que haya tal relación continua, se ha considerado que una cláusula de arbitraje estaba incorporada por referencia en un contrato aunque la otra parte no hubiera recibido el documento concreto, sobre la base de que cabía presumir que esa parte tenía conocimiento de la cláusula de arbitraje[47].

20. En varios casos se adoptó un enfoque todavía más amplio pues se consideró que se podía aceptar la incorporación por referencia incluso en caso de que la cláusula de arbitraje no estuviera en el contrato principal, siempre que hubiera alguna referencia escrita al documento que contuviera esa cláusula y que la parte contra la que se invocara conociera el contenido del documento cuando concluyó el

---

[45] Italia, Tribunal Supremo, Molini Lo Presti SpA (Italia) v. Continentale Italiana SpA (Italia), 2 de marzo de 1996, (Yearbook Commercial Arbitration XXII (1997), página 734): *se consideró suficiente la referencia, en un contrato, a una cláusula de arbitraje que figuraba normalmente en los acuerdos para considerar que incorporaba la cláusula de arbitraje per relationem.*

[46] Francia, Tribunal Supremo, Bomar Oil N.V. (Antillas Neerlandesas) v. Entreprise Tunisienne d'Activités Petrolières ETAP (Túnez), 9 de noviembre de 1993 (Yearbook Commercial Arbitration XX (1995), página 660): *los intercambios de télex en los que se hacía referencia a "la práctica industrial normal", "el contrato normal" y "la práctica del comercio internacional" demostraban el consentimiento del arbitraje*; Alemania, The BayObLG, 17 de septiembre de 1998 (4 Z Sch 01/98)*: un contrato de venta firmado por las partes que incorpore expresamente "los términos y condiciones que figuran al reverso", incluida una cláusula de arbitraje, cumplía los requisitos de forma del artículo II 2) ya que no hacía referencia a un documento distinto.*

[47] Alemania, Schleswig, 30 de marzo de 2000, 16 SchH 05/99: *se consideró que un contrato que hacía referencia a condiciones que figuraban en el reverso del contrato utilizado normalmente por las partes desde hacía varios años, cumplía el requisito de forma escrita a pesar de que nunca llegara a la otra parte el reverso de la página del contrato*; Suiza, Tribunal Supremo Federal, Tradax Export S.A. (Panamá) v. Amoco Iran Oil Company (Estados Unidos), 7 de febrero de 1984, (Yearbook Commercial Arbitration XI (1986), página 532): *el Tribunal declaró que el artículo II 2) no abordaba la cuestión de la incorporación por referencia y que no se habían armonizado las soluciones de esta cuestión; había una póliza de fletamento que contenía una cláusula de arbitraje válida y la cuestión que se planteaba era si la referencia a la póliza de fletamento en el conocimiento de embarque incorporaba también la cláusula de arbitraje; en el presente caso, intervenían unas empresas comerciales firmemente establecidas y familiarizadas con la utilización de condiciones normalizadas en las pólizas de fletamento; así pues, el Tribunal llegó a la conclusión de que, como en el conocimiento de embarque se hacía referencia a la totalidad de las cláusulas y condiciones que contenía la póliza de fletamento, a la que también pertenecía la cláusula de arbitraje, y debido a la experiencia de las partes interesadas, cabía suponer que el demandado (perteneciente al grupo Amoco) conocía o debía conocer los aspectos pertinentes del contrato de transporte; el Tribunal falló que, por consiguiente, la cláusula de arbitraje era válida.*

contrato y aceptara la incorporación del documento en el contrato[48]. En otro caso el tribunal, después de observar que la Convención de Nueva York promovía una política firme en favor del arbitraje, frente a los litigios judiciales, y que esta política tenía especial vigor en la esfera del comercio internacional, señaló que, a pesar del hecho de que las partes no hubieran firmado un acuerdo de arbitraje, bastaba la incorporación de una cláusula de arbitraje mediante una referencia a la misma en cartas intercambiadas por las partes[49].

21. En otros casos, los tribunales estatales han fallado que la referencia no tenía que remitir expresamente a la cláusula de arbitraje, sino más bien al contrato en su totalidad siempre que las partes tuvieran la posibilidad de examinar las condiciones generales, es decir, si estaban impresas en el reverso o si eran conocidas debido a las asiduas relaciones empresariales entre las partes o si dichas partes debieron haber

---

[48] Francia, Tribunal Supremo, Bomar Oil N.V. (Antillas Neerlandesas) v. Entreprise Tunisienne d'Activités Petrolières ETAP (Túnez), 11 de octubre de 1989, (Yearbook Commercial Arbitration XV (1990), página 447): *el tribunal señaló que aunque la Convención de Nueva York no excluyera el reconocimiento de un acuerdo de arbitraje incorporado por referencia, el artículo II 2) exigía "que la existencia de la cláusula se mencionara en el contrato principal, salvo si había entre las partes una relación empresarial anterior que asegurara que conocían adecuadamente las condiciones escritas que normalmente regulaban sus relaciones comerciales.* Francia, Tribunal Supremo, Bomar Oil N.V. (Antillas Neerlandesas) v. Entreprise Tunisienne d'Activités Petrolières ETAP (Túnez), 9 de noviembre de 1993, (Yearbook Commercial Arbitration XX (1995), página 660): *el tribunal, sin referirse a la Convención de Nueva York señaló que: "en la esfera del arbitraje internacional, una cláusula de arbitraje que no haya sido mencionada en el contrato principal puede haber sido estipulada válidamente mediante una referencia escrita a un documento que contenga, por ejemplo, condiciones generales o un contrato normalizado si la parte contra la que se invoca la cláusula conocía el contenido de este documento en el momento de concluir el contrato y aceptó aunque solo fuera tácitamente la incorporación del documento en el contrato";* Australia, Tribunal Supremo de Queensland, División del Tribunal de Apelaciones, 27 de junio de 2000, Austin John Montague v. Commonwealth Development Corporation (Reino Unido), Apelación núm. 8159, (Yearbook Commercial Arbitration XXVI (2001), página 744): *el Tribunal Supremo de Queensland falló que la firma de un mandato, como parte de un procedimiento de arbitraje de la CCI, equivalía a un acuerdo por escrito*; Estados Unidos, Tribunal del Distrito Este de Nueva York, Estados Unidos, Stony Brook Marine Transportation Corp v. Leslie Wilton et al (1996): *la orden de compra redactada por el agente de una parte y firmada por el agente de la otra parte, en la que se hacía referencia a una cláusula de arbitraje, se consideró que, en el contexto de las costumbres y la práctica de los aseguradores marítimos, incorporaba por referencia la cláusula de arbitraje*; España, Tribunal Supremo, Consmaremma (Italia) v. Hermanos Madrid SA (España), 20 de febrero de 2001, (Yearbook Commercial Arbitration XXVI (2001), página 858): *el documento de confirmación de ventas, que contenía una cláusula de arbitraje por la CCI y una referencia a un formulario, que también contenía una cláusula de arbitraje por la CCI, fue firmado únicamente por una parte. El Tribunal Supremo consideró que la Convención de Nueva York era aplicable y que se habían cumplido los requisitos del artículo II 2) porque se estimó que el contrato original que contenía una cláusula de arbitraje, junto con un contrato posterior, demostraban que las partes pretendían someter al arbitraje las controversias que derivaran de su contrato.* Suiza, Tribunal Supremo, G S.A. (Suiza) v. T Ltd (Reino Unido), 12 de enero de 1989, (Yearbook Commercial Arbitration XV (1990), página 509): *no es necesario que se mencione la cláusula de arbitraje en un acuerdo resultante de un canje de documentos escritos y se consideró suficiente una referencia general a un contrato que contenía una cláusula de arbitraje como cumplimiento del requisito de forma del artículo II 2).*

[49] Estados Unidos, Tribunal de Apelación, Tercer Circuito, 20 de junio de 2003, núm. 02-2169, (Yearbook Commercial Arbitration XXIX (2004), página 978).

tenido conocimiento del documento debido a los usos comerciales[50]. En algunos casos, la incorporación por una referencia no fue admitida porque dicha referencia no era expresa o era ambigua según la práctica comercial habitual. En otros casos, si el acuerdo de arbitraje estaba incorporado en un documento y si se demostraba que las partes estaban vinculadas por un contrato que incluía el contenido de ese documento, no se necesitaba más prueba de la existencia del acuerdo de arbitraje[51].

C. Nuevos medios de comunicación

22. La referencia expresa a "cartas o telegramas" del artículo II 2) plantea la cuestión de si se puede considerar que los nuevos medios de generar y almacenar comunicaciones (además de las cartas y los telegramas) cumplen los requisitos de forma del artículo II 2). La mayoría de los tribunales estatales han respondido positivamente a esta cuestión si se trataba de télex[52] y telefax[53]. Un tribunal falló

---

[50] Suiza, Tribunal de Apelación, Cantón de Basilea, DIETF Ltd v. RF AG, 5 de julio de 1994, (Yearbook Commercial Arbitration XXI (1996), página 685): *Un vendedor había enviado una orden de confirmación a un comprador que contenía una referencia a los reglamentos empresariales generales, los cuales incluían una cláusula de arbitraje; el comprador replicó por fax haciendo referencia a la orden de confirmación y formuló algunas peticiones sobre el empaquetado de las mercancías, etc.; el Tribunal consideró que se habían cumplido los requisitos de forma del artículo II 2), y afirmó que no era necesario que la aceptación escrita contuviera una referencia expresa a la cláusula de arbitraje sino que podía remitir al contrato en su totalidad.*

[51] Reino Unido, Tribunal de Apelación, Zambia Steel & Building Supplies Ltd. v. James Clark & Eaton Ltd, 16 de mayo de 1986 ((1986 2 Lloyd's Rep. 225): *refiriéndose a la Ley de Arbitraje Inglesa de 1975, el Tribunal falló que "una vez que está claro que no es necesario que la aceptación de las condiciones escritas conste en el acuerdo escrito sino que se puede demostrar esa aceptación de las condiciones escritas por otros medios, (...) cualquier prueba que demuestre que la parte ha aceptado estar vinculada por un acuerdo [de arbitraje] (...) contenido en un documento o documentos bastará para que el documento o documentos se consideren un acuerdo [de arbitraje] por escrito (...)". El razonamiento en el caso anterior, Zambia Steel (1986), fue respetado en una decisión del* Queen's Bench Division of the Commercial Court, Abdullah M Fahem and Co (Yemen) v. Mareb Yemen Insurance Co and Tomen (Reino Unido) Ltd (1997) (Yearbook Commercial Arbitration XXIII (1998), página 789), *caso en el que se había pedido una suspensión de las actuaciones judiciales invocando para ello un acuerdo de arbitraje; el Tribunal citó la Ley Inglesa de Arbitraje y señaló que la Ley atribuía un significado muy amplio a los términos "por escrito", más amplio incluso que el que les atribuía el párrafo 2) del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje, pero afirmó que ese significado seguía siendo conforme con el artículo II 2); el Tribunal afirmó que si un acuerdo de arbitraje estaba incorporado en un documento y si se demostraba que las partes estaban vinculadas por un contrato que incluía el contenido de ese documento, no se necesitaba más pruebas de la existencia del acuerdo de arbitraje.*

[52] Estados Unidos, Tribunal del Distrito Sur de Nueva York, Oriental Commercial and Shipping Co Ltd (Arabia Saudita) y Oriental Commercial and Shipping Co (Reino Unido) Ltd (Reino Unido) v. Rosseel N.V. (Bélgica), 4 de marzo de 1985, (609 F Supp 75); Francia, Tribunal de Apelación, París, Bomar Oil NV v. ETAP, 20 de enero de 1987, (1987, rev. arb. 482); Suiza, Tribunal Federal, G.S.A. v. T. Ltd, 12 de enero de 1989, (Yearbook Commercial Arbitration XV (1990)); Italia, Tribunal de Savona, Dimitros Varverakis v. Companis de Navigacion Artico SA, 26 de marzo de 1981, (Yearbook Commercial Arbitration X (1985)); Austria, Tribunal Supremo, 2 de mayo de 1972, (Yearbook Commercial Arbitration X (1985)); Suiza, Tribunal Supremo Federal, Tracomin SA v. Sudan Oil Seeds Co, 1987, (Yearbook Commercial Arbitration XII (1987)).

[53] Estados Unidos, Tribunal de Apelación del Segundo Circuito, Titan Inc v. Guangzhou Zhen Hua Shipping Co Ltd, 15 de febrero de 2001 (241 F 3d 135); Alemania, Tribunal Superior de Land

que no se podía suponer que el propósito del artículo II 2) era excluir todas las demás formas de comunicación escrita utilizadas normalmente en las operaciones comerciales[54]. En algunos casos, los tribunales estatales fallaron que, aunque el requisito de forma significara que el acuerdo de arbitraje tenía que estar plasmado en forma escrita, bastaba con que el acuerdo estuviera contenido en un documento que pudiera considerarse una prueba escrita y la confirmación de la voluntad común de las partes[55].

23. En otro caso, un tribunal estatal resolvió que el artículo II 2) se debía interpretar y aplicar teniéndose en cuenta el párrafo 2 del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje y el artículo 178 de la Ley Suiza sobre el Derecho Internacional Privado[56]. A la vista de los medios modernos de telecomunicación, los escritos no firmados desempeñan un papel cada vez más destacado, mientras que el requisito de firma va perdiendo importancia y, en casos particulares, en virtud de las normas de buena fe, una conducta determinada permite salvar el requisito de forma. Sin embargo, esa interpretación no es aceptada universalmente y al menos un tribunal consideró que un intercambio de mensajes electrónicos no bastaba para satisfacer el requisito de forma del artículo II 2)[57].

II. Interacción entre el artículo II 2) y el artículo VII 1) de la Convención de Nueva York

24. Se ha dicho que la Convención de Nueva York está "sesgada" porque pretende promover la ejecución de los laudos en el mayor número posible de casos. Ese objetivo es el que cumple el artículo VII 1) al eliminar las condiciones que establecen las leyes nacionales para el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales que sean más exigentes que las establecidas en la Convención

---

(OLG), Hamburgo, 30 de julio de 1998 (Yearbook Commercial Arbitration XXV (2000), página 714): *el tribunal señaló que, a la vista de los avances tecnológicos, el télex y el fax, lo mismo que los telegramas, tenían que ser considerados cartas según los términos del artículo II 2)*; Suiza, Tribunal Supremo Federal, Tracomin S.A. (Suiza) v. Sudan Oil Seeds Co Ltd (Reino Unido), 5 de noviembre de 1985 (Yearbook Commercial Arbitration XII (1987), página 511): *el Tribunal Supremo decidió que los télex y las cartas aceptando resolver las controversias mediante arbitraje, y el nombramiento de un árbitro mediante un télex, cumplían los requisitos de forma del artículo II 2).*

[54] Estados Unidos, Tribunal del Distrito Sur de California, Chloe Z Fishing Co Inc et al v. Odyssey Re (Londres) Ltd (2000) (109 F Supp 2d 1236).

[55] Suiza, Tribunal de Apelación de Basilea, DIETF Ltd v. RF AG (1994).

[56] Suiza, Tribunal Federal, Compagnie de Navigation de Transports SA v. MSC Mediterranean Shipping Company SA (1995) BGE 121 III 38, ASA Bulletin 3/1995 503: *el artículo 178 de la Ley Federal sobre el Derecho Internacional Privado establece lo siguiente: "En lo que respecta a la forma, el acuerdo de arbitraje será válido si está formulado por escrito, telegrama, télex, telecopia o cualquier otro medio de comunicación que permita aportar un texto como prueba de su existencia (...)".*

[57] Noruega, Tribunal de Apelación de Halogaland, 16 de agosto de 1999, (Stockholm Arbitration Report, (1999), Vol 2, página 121): *el tribunal consideró que un contrato concluido mediante un intercambio de correos electrónicos en el que se hacía referencia a una póliza GENCON no constituía un acuerdo de arbitraje por escrito conforme con los términos del artículo II 2) de la Convención de Nueva York. El tribunal concluyó que el intercambio de correos electrónicos junto con la copia de la póliza GENCON, que no había sido firmada, no cumplían los "requisitos básicos de protección jurídica que establece la Convención".*

de Nueva York, permitiendo al mismo tiempo que sigan aplicándose las disposiciones nacionales que atribuyen derechos especiales o más favorables a la parte que pretende la ejecución de una sentencia arbitral (A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1, párr. 21).

25. En la medida en que hay muchas legislaciones nacionales que regulan también la validez formal del acuerdo de arbitraje, los tribunales estatales se han visto obligados a determinar qué relación tienen esas normas nacionales con los requisitos de forma que establece el artículo II 2). Se plantea la cuestión de si los tribunales estatales, al amparo del artículo VII 1), pueden aplicar sus leyes más liberales en lugar de aplicar los requisitos más estrictos de la Convención de Nueva York.

A. Requisito de forma uniforme o máximo

26. La primera cuestión que se plantea es si debe interpretarse que la Convención de Nueva York establece un requisito unificado de forma que los acuerdos de arbitraje tienen que cumplir en aplicación de la Convención de Nueva York[58] o si el artículo II 2) de la Convención de Nueva York establece un requisito máximo de forma (dejando así a los Estados en libertad de establecer unos requisitos menos restrictivos)[59] (A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1, párrs. 21 y 22).

27. Muchas legislaciones nacionales han adoptado un planteamiento más amplio de los requisitos del artículo II 2). Además, en algunos casos los tribunales estatales han aplicado las leyes nacionales con preferencia a la Convención de Nueva York con el fin de mantener la validez de una cláusula de arbitraje[60], y en varias

---

[58] Suiza, Tribunal Supremo Federal, Tradax Export S.A. (Panamá) v. Amoco Iran Oil Company (Estados Unidos), 7 de febrero de 1984 (Yearbook Commercial Arbitration XI (1986), página 532) y Suiza, Tribunal Supremo Federal, Tracomin S.A. (Suiza) v. Sudan Oil Seeds Co. Ltd. (Reino Unido), 5 de noviembre de 1985, (Yearbook Commercial Arbitration XII (1987), página 511): *en estos casos el tribunal subrayó el carácter de norma uniforme del artículo II 2) estableciendo que "el artículo II contiene normas de aplicabilidad uniforme que sustituyen a la legislación nacional si la Convención es aplicable"*; Tribunal Superior de Land (OLG), Schleswig, 30 de marzo de 2000, 16 SchH 05/99: *el artículo II 2) prevalece sobre las leyes nacionales en lo que respecta a los requisitos de forma y el principio de interpretación autónoma significa que no se puede utilizar la legislación nacional para determinar la interpretación y el alcance del acuerdo de arbitraje, tanto si esa legislación es más restrictiva que el artículo II 2) en lo que respeta a los requisitos de forma como en caso contrario.*

[59] Alemania, Tribunal de Apelación de Colonia, Danish buyer vs. German seller, 16 de diciembre de 1992, (Yearbook Commercial Arbitration XXI (1996), página 535): *el tribunal falló que "el artículo II 2) de la Convención no establece una norma uniforme, como cabe deducir del artículo VII 1) de la Convención (...)". (Véase también la nota 8 del presente documento.)*

[60] Países Bajos, Tribunal de Primera Instancia, Rotterdam, 28 de septiembre de 1995, Petrasol BV (Países Bajos), v. Stolt Spur Inc. (Liberia) (Yearbook Commercial Arbitration XXII, páginas 762 a 765): *El Tribunal afirmó que "las disposiciones de la Convención de Nueva York, en particular su artículo II) no impiden la aplicación del artículo 1074 CCP, porque hay que aplicar por analogía la disposición sobre la norma más favorable del artículo VII de la Convención"*; India, Tribunal Superior de Delhi, 15 de octubre de 1993 (Caso núm. 1440 de 1990 e I.A núm. 5206 de 1990, D - 15-10-1993), Gas Authority of India, Ltd v. SPIE-CAPAG, SA (Francia), Nippon Kokan Corporation (Japón), Toyo Engineering Corporation (Japón), International Chamber of Commerce (Yearbook Commercial Arbitration XXIII, páginas 688 a 712): *El Tribunal afirmó que "las partes en un acuerdo de arbitraje comercial internacional pueden pedir la ejecución de un laudo arbitral basándose en la legislación*

decisiones de tribunales, basándose en el artículo VII 1), han corroborado la validez de un acuerdo de arbitraje en virtud de la legislación nacional cuando ese acuerdo de arbitraje no hubiera sido considerado válido en virtud de la Convención de Nueva York[61]. En un caso, el tribunal concluyó que "los principios contractuales ordinarios establecen cuándo las partes están obligadas por una cláusula de arbitraje escrita si no la han firmado[62]". En otro caso, el tribunal ejecutó un laudo arbitral en virtud del artículo VII 1) de la Convención de Nueva York porque no se cumplían los requisitos de forma del artículo II 2)[63].

28. En algunos casos relacionados con el arbitraje internacional, los tribunales estatales citaron la Convención de Nueva York pero a continuación aplicaron principios de la legislación interna para resolver la cuestión de si el acuerdo de arbitraje era válido y se podía exigir su ejecución[64].

---

nacional, en lugar de la Convención, a pesar del hecho de que hubieran acordado ejecutar el acuerdo de arbitraje de conformidad con el artículo II de la Convención. Cuando el acuerdo de arbitraje no da por resultado un laudo capaz de ser ejecutado en virtud de la Convención, cabe todavía pedir su ejecución en virtud de la legislación paralela de la India, la Ley de Arbitraje de la India"; Francia, Tribunal Supremo, Bomar Oil NV (Antillas Neerlandesas) v. Entreprises Tunisienne d'Activité Pétrolière, 9 de noviembre de 1993 (Yearbook Commercial Arbitration XX (1995), página 660); Francia, Tribunal de Apelación de Versalles, Bomar Oil NV (Antillas Neerlandesas) v. Entreprises Tunisienne d'Activité Pétrolière, 23 de enero de 1991 (Yearbook Commercial Arbitration XVII (1992), páginas 488 a 490): *La cuestión fue abordada en 1987 en la decisión del Tribunal de Apelación de París en el caso Bomar Oil, en la que se señaló que el artículo II 2) de la Convención de Nueva York contenía una "norma sustantiva que tenía que aplicarse en todos los casos". Esa decisión fue posteriormente revocada por el Tribunal de Casación, pero esa cuestión no fue abordada directamente.*

[61] Tribunal Supremo (Alemania), 25 de mayo de 1970, (Yearbook Commercial Arbitration 1977, página 237); Países Bajos, Tribunal de Apelación, La Haya, Owerri commercial Inc. (Panamá) v. Dielle Srl. (Italia), 4 de agosto de 1993, (Yearbook Commercial Arbitration XIX, página 703).

[62] Estados Unidos, Tribunal del Distrito Sur de Nueva York, Beromun Aktiengesellschaft v. Societa Industriale Agricola "Tresse" di Dr. Domenico e Dr. Antonio dal Ferro, 3 de abril de 1979, (41 F Supp 1163).

[63] Alemania, Tribunal Superior de Land (OLG), Colonia (1992) (Yearbook Commercial Arbitration XXI (1996), página 535).

[64] Estados Unidos, Tribunal del Distrito Sur de Nueva York, Beromun Aktiengesellschaft v. Societa Industriale Agricola "Tresse" di Dr. Domenico e Dr. Antonio dal Ferro, 3 de abril de 1979, (41 F Supp 1163); Estados Unidos, Tribunal de Apelación del Segundo Circuito, Genesco Inc v. Kakiuchi & Co, 1 de abril de 1987, (815 F 2d 840): *planteamientos similares de la aplicación de la legislación interna fueron adoptados por los siguientes tribunales*: Tribunal del Distrito Sur de Nueva York, 24 de mayo de 1985, Jamaica Commodity Trading Company Limited v. Connell Rice & Sugar Co, Inc., (85 Civ 1210) *cuando decidió que, si bien el acuerdo de arbitraje tenía que constar por escrito para que se pudiera exigir su cumplimiento, no se exigía que estuviera firmado; en el caso* Astor Chocolate Corporation v. Mikroverk Ltd, 20 de enero de 1989, (704 F Supp 30 (EDNY)), *el Tribunal del Distrito Este de Nueva York sostuvo que la cuestión del alcance de una cláusula de arbitraje estaba sometida a la legislación federal pero que la legislación estatal regulaba la cuestión de si la cláusula formaba parte, o no, del contrato.* En el caso Progressive Casualty Insurance Co. v. C.A. Reaseguradora Nacional de Venezuela (1993) (991 F Supp 2d 42): *el Tribunal de Apelación del Segundo Circuito ignoró la Convención de Nueva York y concluyó, citando únicamente casos sometidos a la legislación nacional, que en virtud de la legislación de Nueva York el acuerdo de arbitraje era vinculante porque estaba incorporado por referencia; en el caso* Overseas Cosmos Inc v. NR Vessel Corp (1997) (97 Civ 5898), *el Tribunal del Distrito Sur de California citó el caso Genesco (1987) y sostuvo que estaba firmemente establecido que una parte podía estar vinculada por un acuerdo*

29. Los tribunales estatales no siempre han considerado que la Convención de Nueva York prevalece sobre las leyes nacionales y algunos de estos tribunales han aplicado las leyes nacionales sin remitirse al artículo VII 1) de la Convención de Nueva York[65], fallando que, aunque el acuerdo de arbitraje ha de constar por escrito, la firma no es un requisito ineludible y que, a falta de tal firma, los principios contractuales ordinarios establecerán si las partes están obligadas, o no, por el acuerdo de arbitraje[66]. Sobre esta base, algunos tribunales estatales han decidido que la incorporación específica, por referencia, de una cláusula de arbitraje cumple el requisito de forma, de conformidad con los principios en que se basa la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980)[67], o los principios de la legislación

---

de arbitraje aunque no hubiera firmado ese acuerdo. En ausencia de firmas, los principios contractuales ordinarios establecían si las partes estaban vinculadas por el acuerdo; Reino Unido, Queen's Bench Division, XL Insurance Ltd v. Owens Corning, 28 de julio de 2000 (2 Lloyd's Rep 500, Yearbook Commercial Arbitration XXVI (2001), página 869); Reino Unido, Tribunal de Apelación, Zambia Steel & Building supplies Ltd. v. James Clark & Eaton Ltd, 16 de mayo de 1986 ((1986) 2 Lloyd's Rep. 225): *refiriéndose a la Ley de Arbitraje Inglesa de 1975, el Tribunal falló que "una vez que está claro que no es necesario que la aceptación de las condiciones escritas conste en el acuerdo escrito sino que se puede demostrar esa aceptación de las condiciones escritas por otros medios, (...) cualquier prueba que demuestre que la parte ha aceptado estar vinculada por un acuerdo [de arbitraje] (...) contenido en un documento o documentos bastará para que el documento o documentos se consideren un acuerdo [de arbitraje] por escrito (...)". El razonamiento en el caso anterior, Zambia Steel (1986), fue respetado en una decisión del* Queen's Bench Division of the Commercial Court, Abdullah M Fahem and Co (Yemen) v. Mareb Yemen Insurance Co and Tomen (Reino Unido) Ltd (1997) (Yearbook Commercial Arbitration XXIII (1998), página 789), *caso en el que se había pedido una suspensión de las actuaciones judiciales invocando para ello un acuerdo de arbitraje; el Tribunal citó la Ley Inglesa de Arbitraje y señaló que la Ley atribuía un significado muy amplio a los términos "por escrito", más amplio incluso que el que les atribuía el párrafo 2) del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje, pero afirmó que ese significado seguía siendo conforme con el artículo II 2); el Tribunal afirmó que si un acuerdo de arbitraje estaba incorporado en un documento y si se demostraba que las partes estaban vinculadas por un contrato que incluía el contenido de ese documento, no se necesitaba más pruebas de la existencia del acuerdo de arbitraje.*

[65] Francia, Tribunal Supremo, Societé Brittania v. Societé Jezequel et Maury, 15 de julio de 1987, (Rev arb. 1990, página 627); Francia, Tribunal de Apelación, París, Societé Abilio Rodriguez v. Societé Vigelor (1990) (Rev. arb. 1990, página 691): *el tribunal aplicó la legislación interna para considerar válida una cláusula de arbitraje incorporada por referencia en una carta de confirmación de una venta enviada por un corredor.*

[66] Estados Unidos, Tribunal del Distrito Este de Nueva York, Astor Chocolate Corporation v. Mikroverk Ltd (1989) (704 F Supp 30 (EDNY)); Estados Unidos, Tribunal del Distrito Sur de California, Overseas Cosmos Inc. v. NR Vessel Corp (1997) 97 Civ 5898 *citando Genesco* (1987); Francia, Tribunal Supremo, Bomar Oil N.V. (Antillas Neerlandesas) v. Entreprise Tunisienne d'Activités Petrolières ETAP (Túnez), 9 de noviembre de 1993, (Yearbook Commercial Arbitration XX (1995), página 660).

[67] Estados Unidos, Tribunal del Distrito Sur de Nueva York, Filanto SpA v. Chilewich International Corp., 14 de abril de 1992, (789 F Supp 1229, Yearbook Commercial Arbitration XVIII (1993), página 530): *el tribunal falló que las controversias que pertenecieran al ámbito de la Convención de Nueva York, tanto si eran sometidas a un tribunal estatal como si lo eran a un tribunal federal, tenían que resolverse haciéndose referencia a ese instrumento; sin embargo, a continuación indicó que los tribunales que habían interpretado ese requisito de forma escrita generalmente habían iniciado su examen con la lectura directa de la Convención de Nueva York y a continuación habían aplicado sus términos en función de la legislación federal, constituida por principios generalmente aceptados del derecho contractual;*

nacional interna[68] o la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje[69]. Al menos un tribunal ha considerado que existe un acuerdo de arbitraje aunque ninguna de las partes haya firmado un contrato escrito, "lo cual es una práctica común en la rama en cuestión[70]".

30. Cuando los tribunales estatales han aplicado las leyes nacionales en lugar de la Convención de Nueva York para determinar la validez de un acuerdo de arbitraje, se abre otro espacio de incertidumbre que es el de determinar cuál es la ley aplicable a la cuestión de que se trate. Sobre este tema, las soluciones ofrecidas por los tribunales han variado. La validez formal del acuerdo de arbitraje se juzgará aplicando la norma uniforme del artículo II 2), mientras que la validez sustantiva del acuerdo de arbitraje se puede determinar, de conformidad con el artículo V 1) a) de la Convención de Nueva York, de conformidad con las leyes nacionales. En determinados casos, los tribunales estatales no han establecido ninguna diferencia entre el requisito formal de la validez del acuerdo de arbitraje (forma escrita), que se rige por la Convención de Nueva York, y los requisitos sustantivos que se rigen por las leyes nacionales, y han aplicado estas últimas a los dos requisitos[71]. Otros tribunales estatales han opinado que la validez de los

---

no obstante, se negó a aplicar el Código de Comercio Uniforme y aplicó en cambio la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980).

[68] Estados Unidos, Tribunal de Apelación, Séptimo Circuito, Mary D. Slaney (Estados Unidos) v. International Amateur Athletic Federation (Mónaco), 27 de marzo de 2001, (Yearbook Commercial Arbitration XXVI (2001), página 1091); Estados Unidos, Tribunal de Apelación, Segundo Circuito, Square v. Bombay, 23 de agosto de 1999.

[69] Hong Kong, Tribunal Superior, Jiangxi Provincial Metal and Minerals Import and Export Corp v. Sulanser Company Ltd, 6 de abril de 1995, (Yearbook Commercial Arbitration XXI (1996), página 546): *el tribunal falló que la definición de acuerdo por escrito que establece el artículo II 2) no es excluyente y no impide la aplicación del artículo 7 2) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje.*

[70] Francia, Tribunal de Apelación, París, SARL Centro Stoccaggio Grani v. SA Granit, 8 de junio de 1995, (Rev. Arb. 89*)*.

[71] Suiza, Tribunal Federal, Compagnie de Navigation de Transports SA v. MSC Mediterranean Shipping Company SA (1995) BGE 121 III 38, (ASA Bulletin 3/1995 503): *el tribunal falló que el artículo II 2) se debe interpretar y aplicar teniendo en cuenta los requisitos menos restrictivos que establece el artículo 7 2) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje y el artículo 178 de la Ley suiza sobre el Derecho Internacional Privado. El tribunal señaló que, a la vista de los medios modernos de comunicación, los escritos no firmados desempeñan un papel destacado y el requisito de firma va perdiendo importancia. En algunos casos particulares, en virtud de las normas de buena fe, una conducta determinada permite salvar el requisito de forma escrita;* Italia, Tribunal Supremo, Lanificio Walter Banci SaS (Italia) v. Bobbie Brooks Inc (Estados Unidos) (1980) (Yearbook Commercial Arbitration VI (1981), página 233): *el tribunal examinó la relación entre el artículo II y el artículo V en los procedimientos de ejecución y llegó a la conclusión de que, en caso de ejecución, el artículo aplicable era el V y no el II. Por consiguiente, sostuvo que la forma escrita de la cláusula de arbitraje estaba en conformidad con la legislación interna aplicable, indicando que en virtud del artículo V 1) a), la validez del acuerdo de arbitraje tenía que determinarse en virtud de la ley del país en que se hubiera dictado la sentencia si las partes no llegaban a un acuerdo; el tribunal no indicó nada acerca de si el acuerdo de arbitraje estaba en conformidad con el artículo II; esta opinión fue corroborada de algún modo por una decisión del* Tribunal Supremo, Italia, en Conceria G De Maio & F snc (Italia) v. EMAG AG (Suiza) (1995) (Yearbook Commercial Arbitration XXI (1996), página 602), según la cual*: el tribunal afirmó*

acuerdos de arbitraje se debe determinar de conformidad con la ley del país en que se dictó la sentencia si no existe acuerdo entre las partes[72].

B. Régimen de autosuficiencia

31. La cuestión de si se pueden combinar las disposiciones de la Convención de Nueva York con las disposiciones de las leyes nacionales se ha planteado principalmente en casos relacionados con la aplicación del artículo II 2) de dicha Convención de Nueva York.

32. Algunos tribunales estatales han adoptado el punto de vista de que la Convención de Nueva York establece un régimen autosuficiente y han fallado que resultaría contradictorio con la intención de los autores de la Convención de Nueva York que unas sentencias dictadas sobre la base de un acuerdo que no cumpla los requisitos que establece la Convención de Nueva York puedan beneficiarse, sin embargo, del régimen de dicha Convención. De acuerdo con este enfoque, el artículo VII 1) no permitiría que las partes combinaran las disposiciones de la Convención de Nueva York con las disposiciones de la legislación nacional sobre la ejecución de sentencias arbitrales. Se indicó que había que elegir entre la Convención de Nueva York o la legislación nacional[73].

33. Sin embargo, otros tribunales estatales han establecido que la Convención de Nueva York no contiene ninguna disposición que impida utilizar algunas de sus disposiciones en conjunción con otras disposiciones más liberales de la legislación nacional[74].

---

que, en un procedimiento de ejecución, el artículo aplicable es el V y no el II, y que la validez de la cláusula de arbitraje tiene que establecerse de conformidad con la ley aplicable.

[72] Italia, Tribunal Supremo, Lanificio Walter Banci SaS (Italia) v. Bobbie Brooks Inc. (Estados Unidos), 15 de abril de 1980, (Yearbook Commercial Arbitration VI (1981), página 233); Italia, Tribunal Supremo, Conceria G De Maio & F snc (Italia) v. EMAG AG (Suiza), 20 de enero de 1995, (Yearbook Commercial Arbitration XXI (1996), página 602); Universal Peace Shipping Enterprises SA (Panamá) v. Montipe SpA (Italia) (1991), (Yearbook Commercial Arbitration XVII (1992), página 562).

[73] Alemania, Tribunal de Apelación de Colonia, Danish buyer v. German seller, 16 de diciembre de 1992, (Yearbook Commercial Arbitration XXI (1996), página 535).

[74] Alemania, Tribunal Superior de Land (OLG), Hamm, 2 de noviembre de 1983, (Yearbook Commercial Arbitration XIV (1989), página 629): *el tribunal aplicó simultáneamente las disposiciones del Nuevo Código de Procedimiento Civil alemán y de la Convención de Nueva York para resolver sobre la ejecución de un laudo extranjero*; Países Bajos, Tribunal de Primera Instancia, Rotterdam, Isaac Glecer (Israel) v. Moses Asrael Glecer and Estera Glecer-Nottman (Bélgica), 24 de noviembre de 1994 (Yearbook Commercial Arbitration XXI (1996), página 635*: el tribunal aprobó la ejecución, declarando entre otras cosas que el artículo 1076 del Código de Procedimiento Civil de los Países Bajos se aplicaba a dicha ejecución en virtud del artículo VII 1) de la Convención de Nueva York.*

C. El artículo VII 1) y la referencia a los acuerdos de arbitraje

34. Otra cuestión que se plantea es si el artículo VII 1), aplicable a la ejecución de las sentencias arbitrales, se puede aplicar también a los acuerdos de arbitraje. Algunos tribunales estatales han aplicado la legislación nacional para determinar la cuestión de si se puede exigir el cumplimiento de un acuerdo de arbitraje, considerando por consiguiente que el artículo VII 1), que en su texto hace referencia a la ejecución de las sentencias arbitrales, se debe interpretar que se aplica también a los acuerdos de arbitraje[75].

III. Observaciones finales

A. Observaciones generales

35. Sigue habiendo grandes diferencias entre los tribunales estatales en su interpretación del requisito de forma definido en el artículo II 2). En particular, qué se entiende por el término "firmados", si el requisito de firma afecta tanto a las cláusulas de arbitraje en un contrato como al acuerdo de arbitraje y qué se entiende por "canje de cartas o telegrama" son asuntos sobre los que ha habido interpretaciones diferentes y a veces contradictorias. Las diferencias en las interpretaciones judiciales del requisito de forma y la tendencia a evitar dicho requisito de forma remitiéndose a otras doctrinas jurídicas pueden socavar los principios de la Convención de Nueva York y la armonización de las disposiciones legales relativas al reconocimiento y ejecución de acuerdos de arbitraje.

36. En muchos Estados, los tribunales han definido unas posiciones claras sobre las circunstancias en que puede aplicarse el artículo VII 1) para mantener la validez de unos acuerdos de arbitraje que no cumplirían, en caso contrario, el requisito de forma que establece el artículo II 2), pero esas posiciones difieren de un Estado a otro. La ventaja de aplicar el artículo VII 1) sería que se evitaría la aplicación del artículo II 2) y que, como los Estados promulgarían disposiciones más favorables sobre el requisito de forma que deben cumplir los acuerdos de arbitraje, permitiría el desarrollo de normas favorables a la validez de los acuerdos de arbitraje en un mayor número de situaciones. Exhortar a la adopción general por los Estados del artículo 7 2) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje, que actualmente está revisando el Grupo de Trabajo, sería una forma útil de lograr una mayor uniformidad con respecto al requisito de forma, que respondería mejor a las necesidades del arbitraje moderno.

---

[75] Estados Unidos, Tribunal de Apelación del Segundo Circuito, Genesco, Inc v. Kakiuchi & Co., 1 de abril de 1987, (815 F 2d 840); Reino Unido, Queen's Bench Division, Commercial Court, XL Insurance Ltd v. Owens Corning, 28 de julio de 2000, 2 Lloyd's Rep 500, (Yearbook Commercial Arbitration XXVI (2001), página 869).

B. Proyecto de declaración sobre la interpretación del artículo VII 1) de la Convención

37. Como antes se indicó (párrafos 24 a 34), hay algunas zonas de incertidumbre en la aplicación del artículo VII 1). A la vista de la labor actual del Grupo de Trabajo sobre el artículo II 2), y del proyecto de revisión del artículo 7 2) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje, quizá quiera considerar el Grupo de Trabajo si sería también útil preparar unos principios orientativos sobre el artículo VII 1) de la Convención de Nueva York para lograr una aplicación más uniforme. El texto de una declaración de interpretación del artículo VII 1) de la Ley Modelo podría ser el siguiente:

"*Declaración relativa a la interpretación del artículo VII 1) de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958*

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional,

[1] *Recordando* la resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1966, por la que fue establecida la Comisión con el objeto de promover la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional,

[2] *Consciente* del hecho de que en la Comisión están representados los diferentes sistemas jurídicos, sociales y económicos del mundo, junto con los diferentes niveles de desarrollo,

[3] *Recordando* las sucesivas resoluciones en que la Asamblea General reafirmó el mandato de la Comisión como órgano jurídico central del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional, para coordinar las actividades jurídicas en este campo,

[4] *Consciente* de su mandato de impulsar la armonización y la unificación progresivas del derecho mercantil internacional promoviendo, entre otras cosas, medios para asegurar una interpretación y aplicación uniformes de las convenciones internacionales y de las leyes uniformes en el campo del derecho mercantil internacional,

[5] *Convencida* de que la amplia adopción de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras ha supuesto un logro importante para la promoción del imperio de la ley, especialmente en el ámbito del comercio internacional,

[6] *Recordando* que la Conferencia de Plenipotenciarios que preparó y abrió a la firma la Convención aprobó una resolución que decía, entre otras cosas, que la Conferencia "considera que una mayor uniformidad en las leyes nacionales relativas al arbitraje haría más eficaz el arbitraje como medio de solución de las controversias de derecho privado...",

[7] *Teniendo en cuenta* las diferentes interpretaciones de los requisitos de forma que establece la Convención y que obedecen en parte a diferencias de expresión entre los cinco textos igualmente auténticos de la Convención,

[8] *Teniendo en cuenta* el artículo VII 1) de la Convención, uno de cuyos objetivos es permitir la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en la mayor medida posible, en particular reconociendo el derecho de cualquier parte interesada a acogerse a las leyes o los tratados del país donde la sentencia se invoque, incluyendo los casos en que dichas leyes o tratados ofrezcan un régimen más favorable que el de la Convención,

[9] *Considerando* el extendido uso del comercio electrónico,

[10] *Teniendo en cuenta* los instrumentos jurídicos internacionales, como la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, y sus revisiones posteriores, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, la Ley Modelo de la CNUDMI para las Firmas Electrónicos y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicos en los Contratos Internacionales,

[11] *Teniendo también en cuenta* que se han promulgado leyes nacionales más favorables que la Convención en lo que respecta al requisito de forma a que están sometidos los acuerdos de arbitraje, los procedimientos de arbitraje y la ejecución de las sentencias arbitrales, que han dado origen a una jurisprudencia,

[12] *Considerando* que, al interpretar la Convención, ha de tenerse en cuenta la necesidad de promover el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales,

[13] *Recomienda* que el artículo VII 1) de la Convención se aplique de forma que permita a las partes interesadas acogerse a los derechos que puedan corresponderle en virtud de las leyes o los tratados del país donde se invoque el acuerdo de arbitraje, para obtener el reconocimiento de la validez de ese acuerdo de arbitraje.”

G. Nota de la Secretaría sobre solución de controversias comerciales: medidas cautelares, presentada al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación en su 44º período de sesiones

(A/CN.9/WG.II/WP.141) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
	Introducción	1-3
I.	Propuesta sobre la forma en que cabría presentar las disposiciones legales sobre medidas cautelares y órdenes preliminares en la Ley Modelo	4
II.	Notas sobre la forma en que cabría presentar las disposiciones legales sobre las medidas cautelares y las órdenes preliminares en la Ley Modelo	5-15
Anexo	Cuadro de concordancia	

Introducción

1. En su 42º período de sesiones (Nueva York, 10 a 14 de enero de 2005), el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que examinara la cuestión de la forma en la que cabría presentar las disposiciones legales sobre las medidas cautelares y las órdenes preliminares en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Arbitraje Comercial Internacional ("la Ley Modelo"), con sus posibles variantes, para ser examinadas por el Grupo de Trabajo en un futuro período de sesiones (A/CN.9/573, párr. 99).

2. En su 43º período de sesiones (Viena, 3 a 7 de octubre de 2005), el Grupo de Trabajo convino en que las disposiciones legales sobre las medidas cautelares y las órdenes preliminares se insertaran en un nuevo capítulo, que sería el capítulo IV *bis* de la Ley Modelo, y pidió a la Secretaría que prepara un nuevo proyecto de las disposiciones, teniendo en cuenta la sugerencia de que se reestructuraran las disposiciones, reagrupando los párrafos que trataban cuestiones similares en artículos separados (A/CN.9/589, párr. 106).

3. Para facilitar la reanudación de las deliberaciones, esta nota contiene una propuesta sobre la forma en que cabría presentar las disposiciones legislativas sobre medidas cautelares y órdenes preliminares en la Ley Modelo.

I. Propuesta sobre la forma en que cabría presentar las disposiciones legales sobre medidas cautelares y órdenes preliminares en la Ley Modelo

4. El texto que figura a continuación contiene una propuesta sobre la presentación del proyecto de disposiciones legales sobre medidas cautelares y órdenes preliminares, reconocimiento y ejecución de las medidas cautelares dictadas por un tribunal. En el texto que figura a continuación se han subrayado las modificaciones al proyecto anterior que figura en el anexo del informe del Grupo de Trabajo acerca de la labor realizada en su 43º período de sesiones (anexo del

documento A/CN.9/589). Asimismo, se ha incluido como anexo de esta nota un cuadro comparativo en el que se muestra la concordancia de la numeración de los artículos del proyecto anterior y del texto que figura a continuación:

Capítulo IV *bis*. Medidas cautelares y órdenes preliminares

Sección 1 - Medidas cautelares

Artículo 17 - Potestad del tribunal de otorgar medidas cautelares

1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de una de ellas, otorgar medidas cautelares.

2) Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene a una de las partes que:

a) Mantenga o restablezca el statu quo en espera de que se dirima la controversia;

b) Adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral;

c) Proporcione algún medio para preservar ciertos bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o

d) Preserve ciertos elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.

Artículo 17 *bis* - Condiciones para el otorgamiento de medidas cautelares

1) El demandante de alguna medida cautelar prevista en los apartados a), b) o c) del párrafo 2) del artículo 17 deberá aportar al tribunal arbitral pruebas convincentes de que:

a) De no otorgarse la medida cautelar, es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser ésta otorgada; y

b) Existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere, siempre y cuando toda determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgue en modo alguno toda determinación subsiguiente a que pueda llegar dicho tribunal.

2) En lo concerniente a toda demanda de una medida cautelar presentada con arreglo al apartado d) del párrafo 2) del artículo 17, los requisitos enunciados en los apartados a) y b) del párrafo 1) del presente artículo solo serán aplicables en la medida que el tribunal arbitral lo estime oportuno.

Sección 2 - Órdenes preliminares

Artículo 17 *ter* - Solicitud de una orden preliminar

1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, cualquiera de ellas podrá solicitar una medida cautelar sin dar aviso a ninguna otra parte, así como una orden preliminar del tribunal arbitral por el que se ordene a alguna parte que no frustre la finalidad de la medida cautelar demandada.

2) El tribunal arbitral podrá emitir una orden preliminar siempre que considere que la notificación previa de la demanda de una medida cautelar a la parte contra la cual esa medida vaya dirigida entraña el riesgo de que se frustre la medida demandada. []

3) Las condiciones definidas en el artículo 17 *bis* serán aplicables a toda orden preliminar [], con la salvedad de que el daño que ha de evaluarse en virtud del apartado a) del párrafo 1) del artículo 17 *bis* ha de ser el daño que probablemente resultará de que se emita o no la orden.

Artículo 17 *quater* - Régimen específico de las órdenes preliminares

1) Inmediatamente después de haberse pronunciado sobre la procedencia de una solicitud de orden preliminar, el tribunal arbitral notificará a todas las partes la demanda presentada de una medida cautelar, la solicitud de una orden preliminar, la propia orden preliminar, caso de haberse otorgado, así como todas las comunicaciones al respecto, consignando el contenido de toda comunicación verbal, entre cualquiera de las partes y el tribunal arbitral.

2) Al mismo tiempo, el tribunal arbitral dará, a la parte contra la que vaya dirigida la orden preliminar, la oportunidad de hacer valer sus derechos a la mayor brevedad posible.

3) El tribunal arbitral se pronunciará sin tardanza sobre toda objeción que se presente contra la orden preliminar.

4) Toda orden preliminar [] expirará a los veinte días contados a partir de la fecha en que el tribunal arbitral la haya emitido. No obstante, el tribunal arbitral podrá dictar una medida cautelar por la que ratifique o modifique la orden preliminar una vez que la parte contra la que se dirigió la orden preliminar haya sido notificada y haya tenido la oportunidad de hacer valer sus derechos.

5) Una orden preliminar [] será vinculante para las partes, pero no será de por sí objeto de ejecución judicial. Dicha orden preliminar no constituirá un laudo.

Sección 3 - Disposiciones aplicables a las medidas cautelares y órdenes preliminares

Artículo 17 *quinquies* - Modificación, suspensión, revocación

El tribunal arbitral podrá modificar, suspender o revocar toda medida cautelar u orden preliminar que haya otorgado, ya sea a instancia de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a las partes.

Artículo 17 *sexies* - exigencia de una garantía por el tribunal arbitral

1) El tribunal arbitral podrá exigir del demandante de una medida cautelar que preste una garantía adecuada respecto de la medida [].

2) El tribunal arbitral exigirá al solicitante de una orden preliminar que preste una garantía respecto de la orden [], salvo que dicho tribunal lo considere inapropiado o innecesario.

Artículo 17 *septies* - Comunicación de información

1) El demandante de una medida cautelar deberá dar a conocer sin tardanza todo cambio importante que se produzca en las circunstancias que motivaron que la medida se demandara u otorgara.

2) El solicitante de una orden preliminar deberá revelar al tribunal arbitral toda circunstancia que pueda ser pertinente a la decisión que el tribunal arbitral vaya a adoptar sobre si debe otorgar o mantener la orden [], y seguirá estando obligada a hacerlo en tanto que la parte contra la que la orden [] haya sido solicitada no haya tenido la oportunidad de hacer valer sus derechos. A partir de dicho momento, la obligación del solicitante de revelar todo cambio en las circunstancias será la misma que la que cabe exigir del demandante de una medida cautelar con arreglo al párrafo 1) del presente artículo.

Artículo 17 *octies* - Costas y daños y perjuicios

El demandante de una medida cautelar o el solicitante de una orden preliminar será responsable de las costas y de los daños y perjuicios que dicha medida u orden ocasione a la parte contra la que sea aplicable, siempre que el tribunal arbitral determine ulteriormente que, en las circunstancias del caso, no debería haberse otorgado la medida o la orden. El tribunal arbitral podrá condenarle en cualquier momento de las actuaciones al pago de las costas y de los daños y perjuicios.

Sección 4 - Reconocimiento y ejecución de medidas cautelares

Artículo 17 *novies* - Reconocimiento y ejecución de medidas cautelares

1) Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral se reconocerá como vinculante y, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, será ejecutada al ser demandada ante el foro judicial competente, cualquiera que sea el país en donde haya sido ordenada, y a reserva de lo dispuesto en el artículo 17 *novies*.

2) La parte que demande o haya obtenido el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar informará sin demora al foro judicial de toda revocación, suspensión o modificación que se ordene de dicha medida.

3) El foro judicial ante el que sea demandado el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar podrá, si lo considera oportuno, exigir del demandante que preste una garantía adecuada, cuando el tribunal arbitral no se haya pronunciado aún en lo concerniente a tal garantía o cuando esa garantía sea necesaria para proteger los derechos de terceros.

Artículo 17 *decies* - Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución de medidas cautelares*

1) Podrá denegarse el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar únicamente:

a) si, al actuar a instancia de la parte afectada por la medida, el foro judicial está convencido de que:

i) dicha denegación está justificada por alguno de los motivos enunciados en los incisos i), ii), iii) o iv) del apartado a) del párrafo 1) del artículo 36; o

ii) no se ha cumplido la decisión del tribunal arbitral sobre la prestación de la garantía que corresponda a la medida cautelar otorgada por el tribunal arbitral; o

iii) la medida cautelar ha sido revocada o suspendida por el tribunal arbitral o, caso de que esté facultado para hacerlo, por un foro judicial del Estado en donde, se tramite el procedimiento de arbitraje o conforme a cuyo derecho dicha medida se otorgó; o

b) si, el foro judicial resuelve que:

i) la medida cautelar es incompatible con las facultades que se le confieren, a menos que dicho foro decida reformular la medida para ajustarla a sus propias facultades y procedimientos a efectos de poderla ejecutar sin modificar su contenido; o bien que

ii) alguno de los motivos de denegación enunciados en los incisos i) o ii) del apartado b) del párrafo 1) del artículo 36 es aplicable al reconocimiento o la ejecución de la medida demandada.

2) Toda determinación a la que llegue el foro judicial respecto de cualquier motivo enunciado en el párrafo 1) del presente artículo será únicamente aplicable para los fines de la solicitud de reconocimiento y ejecución de la medida cautelar. El foro judicial al que se solicite el reconocimiento o la ejecución no podrá emprender, en el ejercicio de dicho cometido, una revisión del contenido de la medida cautelar.

Sección 5 - Medidas cautelares dictadas por el foro judicial

Artículo 17 *undecies* - Medidas cautelares dictadas por el foro judicial

El foro judicial gozará de la misma competencia para dictar medidas cautelares al servicio de actuaciones arbitrales y en lo concerniente a esas actuaciones que tengan lugar en el país de su jurisdicción o en otro país que la que disfruta al servicio de actuaciones judiciales o en relación con ellas, y ejercerá dicha competencia de conformidad con sus propias reglas y

---

* Las condiciones enunciadas en el artículo 17 ***novies*** tienen por objeto limitar el número de circunstancias en las que un foro judicial podrá denegar la ejecución de una medida cautelar. No se menoscabará en nada el objetivo de armonización que se intenta lograr con estas disposiciones modelo si un Estado prevé en ellas menos supuestos en los que pueda denegarse la ejecución de una medida cautelar.

procedimientos en la medida en que sean compatibles con los rasgos distintivos de un arbitraje internacional. []

II. Notas sobre la forma en que cabría presentar las disposiciones legales sobre las medidas cautelares y las órdenes preliminares en la Ley Modelo

Estructura de las disposiciones

5. Según lo acordado por el Grupo de Trabajo, las disposiciones sobre medidas cautelares, órdenes preliminares, reconocimiento y ejecución de las medidas cautelares y medidas cautelares dictadas por un tribunal se han puesto en un nuevo capítulo IV *bis* (A/CN.9/589, párr. 105). Como había propuesto el Grupo de Trabajo, estas disposiciones han sido reestructuradas reagrupándose los párrafos que tratan cuestiones similares en artículos separados (A/CN.9/589, párr. 106). A fin de aclarar mejor la estructura propuesta para el texto revisado se han creado algunas secciones con su correspondiente título. Esta estructura tiene la ventaja de permitir una presentación lógica de las disposiciones y evitar que se cree un artículo sobre las medidas cautelares de una longitud desmesurada en comparación con los demás artículos de la Ley Modelo.

Apartado b) del párrafo 1) del artículo 17 *bis*

6. Cabe señalar a la atención del Grupo de Trabajo que en la versión inglesa se han añadido los términos "of the claim" después del término "merits" con el fin de aclarar que el fondo que ha de considerarse es el relacionado con el litigio principal y no con la medida cautelar demandada. Aclarar lo que se considera que es el litigio principal en la controversia puede limitar discusiones innecesarias sobre si existe una posibilidad razonable de éxito con respecto al otorgamiento de la medida cautelar (o de la orden prelimitar en virtud del párrafo 3) del artículo 17 *ter*). Sin embargo, la posibilidad razonable de que prospere la demanda sobre el fondo se valorará de forma diferente en función de la diferente información de que dispondrá el tribunal arbitral en las diferentes etapas del procedimiento arbitral, que abarcan desde la etapa inicial en que se solicita la orden preliminar hasta el momento en que las partes deliberan sobre la aprobación de la medida cautelar.

Párrafo 1) del artículo 17 *ter*

7. En la versión inglesa se ha suprimido el término "file", utilizado en el párrafo 1 del artículo 17 *ter*, para sustituirlo por el término "make". Quizá quiera considerar el Grupo de Trabajo si este último verbo establece una obligación más neutra con respecto a la solicitud de una orden preliminar.

Párrafo 2) del artículo 17 *ter* - párrafo 5) del artículo 17 *quater*

8. En el párrafo 2) del artículo 17 *ter* se han suprimido los términos "Dicha orden preliminar no constituirá un laudo", que se han transferido al párrafo 5) del artículo 17 *quater*. Quizá quiera considerar el Grupo de Trabajo si la ubicación más adecuada de estos términos es el párrafo 5) del artículo 17 *quater*, dado que este párrafo hace referencia a la naturaleza y efectos de la orden preliminar.

Párrafo 3) del artículo 17 *ter*

9. El párrafo 3) del artículo 17 *ter* establece que las disposiciones del artículo 17 *bis* (referente a las medidas cautelares) son aplicables también a las órdenes preliminares. Quizá quiera considerar el Grupo de Trabajo si el proyecto revisado de dicho párrafo aclara cómo ha de aplicarse el artículo 17 *bis* en el caso de las órdenes preliminares, a saber, que el daño que el tribunal arbitral ha de evaluar en ese contexto es el resultante de que no se haya emitido la orden preliminar y no el resultante de que no se otorgue una medida cautelar.

Párrafo 2) del artículo 17 *septies*

10. Se han sustituido los términos "Toda parte" por los términos "El solicitante" para mantener la coherencia con el párrafo 1) del mismo artículo.

Artículo 17 *decies*

11. Se ha añadido una nota al título del artículo 17 *decies* (esa nota aparecía anteriormente en el párrafo 1) del artículo 17 *bis* según figura en el anexo del informe del Grupo de Trabajo sobre la labor de su 43º período de sesiones (anexo del documento A/CN.9/589)). El contenido de la nota hace referencia a las condiciones que han de cumplirse para que se deniegue el reconocimiento y ejecución y, por consiguiente, hace referencia al contenido del artículo 17 *decies*.

Artículo 17 *undecies*

Ubicación

12. Al promulgar el artículo 17 *undecies* es posible que los Estados deseen considerar cuál debe ser la ubicación de esta disposición ya que dicho artículo 17 *undecies*, que se refiere a las medidas cautelares dictadas por un foro judicial, no encajan fácilmente en un capítulo que está dedicado principalmente a las medidas cautelares dictadas por tribunales arbitrales.

13. Entre las opciones que cabe considerar, una posibilidad sería ubicar el artículo 17 *undecies* después de las disposiciones de aplicación del artículo 9 de la Ley Modelo, referente a las medidas cautelares dictadas por tribunales. Sin embargo, dado que el artículo 9 figura en el capítulo 2 de la Ley Modelo, referente a la definición y forma del acuerdo de arbitraje, es posible que esa opción no se considere adecuada. Quizá el Grupo de Trabajo desee considerar si bastaría una nota al artículo 17 *undecies* para señalar a la atención de los Estados la cuestión de la ubicación de dicho artículo 17 *undecies* en la parte más adecuada de la legislación de aplicación. Esa nota puede decir lo siguiente:

> "Al aplicar el artículo 17 *undecies* quizá deseen los Estados considerar la posibilidad de agrupar esta disposición con otras disposiciones de la legislación de aplicación referentes a determinadas funciones de asistencia y supervisión del arbitraje realizadas por los tribunales u otra autoridad."

Referencia al párrafo 2 del artículo 1 de la Ley Modelo

14. En su 43º período de sesiones, el Grupo de Trabajo observó que, habida cuenta de la intención de que la disposición referente a las medidas cautelares dictadas por tribunales se aplicara con independencia del país en que tuviera lugar el arbitraje,

convenía agregar esa disposición a la lista de artículos enunciada en el párrafo 2) del artículo 1. Ese artículo establece que la Ley Modelo, tal y como se promulgue en un Estado determinado, se aplicará, en lo que respecta a los artículos incluidos en la lista, aunque el arbitraje no tenga lugar en el territorio de ese Estado (A/CN.9/589, párrs. 101 a 103). También se propuso que se incluyera en los artículos 17 *novies* y 17 *decies* (referentes al reconocimiento y ejecución de medidas cautelares y a los motivos para la denegación de éstas) una referencia en la lista de artículos excluidos de forma que el párrafo 2) del artículo 1 de la Ley Modelo dijera lo siguiente:

> "Las disposiciones de la presente Ley, con excepción de los artículos 8, 9, 17 *novies*, 17 *decies*, 17 *undecies*, 35 y 36, se aplicarán únicamente si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio de este Estado."

15. La inclusión de todos los artículos excluidos en el párrafo 2) del artículo 1, que establece el ámbito territorial de aplicación de la Ley Modelo, parece constituir un enfoque más sencillo y fácil que incluir esa excepción en cada uno de los artículos revisados. Teniendo en cuenta este enfoque, se ha suprimido la frase "El presente artículo será aplicable, sin que sea óbice lo dispuesto en el párrafo 2) del artículo 1", que figuraba al final del artículo 17 *ter* del proyecto anterior (que figura en el anexo del documento A/CN.9/589).

Anexo

Cuadro de concordancia

Disposiciones sobre las medidas cautelares y las órdenes preliminares que figuran en el anexo del informe del Grupo de Trabajo sobre la labor de su 43º período de sesiones (A/CN.9/589)	*Nuevas disposiciones revisadas sobre medidas cautelares y órdenes preliminares que contiene esta nota*
Artículo 17, párr. 1)	Artículo 17, párr. 1)
Artículo 17, párr. 2)	Artículo 17, párr. 2)
Artículo 17, párr. 3)	Artículo 17 *bis*, párr. 1)
Artículo 17, párr. 4)	Artículo 17 *bis*, párr. 2)
Artículo 17, párr. 5)	Artículo 17 *sexies*, párr. 1)
Artículo 17, párr. 6)	Artículo 17 *septies*, párr. 1)
Artículo 17, párr. 7)	Artículo 17 *quinquies*
Artículo 17, párr. 8)	Artículo 17 *octies*
Artículo 17, párr. 9), apartado a)	Artículo 17 *ter*, párr. 1)
Artículo 17, párr. 9), apartado b)	Artículo 17 *ter*, párr. 3)
Artículo 17, párr. 9), apartado c)	Artículo 17 *ter*, párr. 2)
Última oración del apartado c)	Artículo 17 *quater*, párr. 5)
Artículo 17, párr. 9), apartado d)	Artículo 17 *quater*, párr. 1)
Artículo 17, párr. 9), apartado e)	Artículo 17 *quater*, párr. 2)
Artículo 17, párr. 9), apartado f)	Artículo 17 *quater*, párr. 3)
Artículo 17, párr. 9), apartado g)	Artículo 17 *quater*, párr. 4)
Artículo 17, párr. 9), apartado h)	Artículo 17 *sexies*, párr. 2)
Artículo 17, párr. 9), apartado i)	Artículo 17 *septies*, párr. 2)
Artículo 17, párr. 9), apartado j)	Artículo 17 *quater*, párr. 5)
Artículo 17 *bis*, párr. 1)	Artículo 17 *novies*, párr. 1)
Nota al artículo 17 *bis*, párr. 1)	Nota al artículo 17 *decies*
Artículo 17 *bis*, párr. 2)	Artículo 17 *decies*, párr. 1)
Artículo 17 *bis*, párr. 3)	Artículo 17 *decies*, párr. 2)
Artículo 17 *bis*, párr. 4)	Artículo 17 *novies*, párr. 2)
Artículo 17 *bis*, párr. 5)	Artículo 17 *novies*, párr. 3)
Artículo 17 *ter*	Artículo 17 *undecies*
Última oración del artículo 17 *ter*	Artículo 1, párr. 2)

H. Nota de la Secretaría sobre solución de controversias comerciales: medidas cautelares

(A/CN.9/605) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
	Introducción	1-3
I.	Proyecto de disposiciones legales sobre medidas cautelares y órdenes preliminares	4
II.	Observaciones sobre los proyectos de disposiciones legales sobre medidas cautelares y órdenes preliminares	5-22
	Observaciones sobre la sección 1 - Medidas cautelares	5-9
	Observaciones sobre la sección 2 - Órdenes preliminares	10-16
	Observaciones sobre la sección 4 - Reconocimiento y ejecución de medidas cautelares	17-21
	Observaciones sobre la sección 5 - Medidas cautelares dictadas por un foro judicial	22
III.	Enmienda del párrafo 2) del artículo 1 de la Ley Modelo de Arbitraje	23
IV.	Textos explicativos	24

Introducción

1. En su 32º período de sesiones (Viena, 17 de mayo a 4 de junio de 1999), la Comisión decidió que uno de los temas prioritarios del Grupo de Trabajo fuera la ejecutoriedad de las medidas cautelares[1].

2. El Grupo de Trabajo ha estado estudiando la preparación de textos legales armonizados sobre las medidas cautelares en sus períodos de sesiones 32º (Viena, 20 a 31 de marzo de 2000)[2], 33º (Viena, 20 de noviembre a 1 de diciembre de 2000)[3], 34º (Nueva York, 21 de mayo a 1 de junio de 2001)[4], 36º (Nueva York, 4 a 8 de marzo de 2002)[5], 37º (Viena, 7 a 11 de octubre de 2002)[6], 38º (Nueva York, 12 a 16 de mayo de 2003)[7], 39º (Viena, 10 a 14 de noviembre de 2003)[8],

---

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/54/17), párrs. 371 a 373 y párr. 380.
[2] A/CN.9/468, párrs. 60 a 87.
[3] A/CN.9/485, párrs. 78 a 106.
[4] A/CN.9/487, párrs. 64 a 87.
[5] A/CN.9/508, párrs. 51 a 94.
[6] A/CN.9/523, párrs. 15 a 80.
[7] A/CN.9/524, párrs. 15 a 78.
[8] A/CN.9/545, párrs. 19 a 112.

40º (Nueva York, 23 a 27 de febrero de 2004)[9], 41º (Viena, 13 a 17 de septiembre de 2004)[10], 42º (Nueva York, 10 a 14 de enero de 2005)[11], 43º (Viena, 3 a 7 de octubre de 2005)[12] y 44º (Nueva York, 23 a 27 de enero de 2006)[13].

3. En su 44º período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en que se colocaran las disposiciones legales sobre medidas cautelares y órdenes preliminares en un nuevo capítulo, numerado capítulo IV *bis* de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional ("la Ley Modelo de Arbitraje")[14].

I. Proyecto de disposiciones legales sobre medidas cautelares y órdenes preliminares

4. El texto del capítulo IV *bis* sobre medidas cautelares y órdenes preliminares, conforme fue aprobado por el Grupo de Trabajo en su 44º período de sesiones[15], dice:

Capítulo IV *bis*. Medidas cautelares y órdenes preliminares

Sección 1 - Medidas cautelares

Artículo 17 - Facultad del tribunal para otorgar medidas cautelares

1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de una de ellas, otorgar medidas cautelares.

2) Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene a una de las partes que:

a) Mantenga o restablezca el statu quo en espera de que se dirima la controversia;

b) Adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral;

c) Proporcione algún medio para preservar ciertos bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o

d) Preserve ciertos elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.

---

[9] A/CN.9/547, párrs. 12 a 116.
[10] A/CN.9/569, párrs. 12 a 68.
[11] A/CN.9/573, párrs. 11 a 95.
[12] A/CN.9/589, párrs. 11 a 107.
[13] A/CN.9/592, párrs. 12 a 45 y anexo I.
[14] *Ibid.*, párr. 14.
[15] *Ibid.*, párrs. 12 a 45 y anexo I.

Artículo 17 *bis* - Condiciones para el otorgamiento de medidas cautelares

1) El demandante de alguna medida cautelar prevista en los apartados a), b) o c) del párrafo 2) del artículo 17 deberá aportar al tribunal arbitral pruebas convincentes de que:

a) De no otorgarse la medida cautelar, es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser ésta otorgada; y

b) Existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere, siempre y cuando toda determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgue en modo alguno toda determinación subsiguiente a que pueda llegar dicho tribunal.

2) En lo concerniente a toda demanda de una medida cautelar presentada con arreglo al apartado d) del párrafo 2) del artículo 17, los requisitos enunciados en los apartados a) y b) del párrafo 1) del presente artículo solo serán aplicables en la medida que el tribunal arbitral lo estime oportuno.

Sección 2 - Órdenes preliminares

Artículo 17 *ter* - Solicitud de una orden preliminar y condiciones para su otorgamiento

1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, toda parte podrá demandar una medida cautelar sin dar aviso a ninguna otra parte y solicitar una orden preliminar del tribunal arbitral por el que se ordene a alguna parte que no frustre la finalidad de la medida cautelar demandada.

2) El tribunal arbitral podrá emitir una orden preliminar siempre que considere que la notificación previa de la demanda de una medida cautelar a la parte contra la cual esa medida vaya dirigida entraña el riesgo de que se frustre la medida demandada.

3) Las condiciones definidas en el artículo 17 *bis* serán aplicables a toda orden preliminar, con la salvedad de que el daño que ha de evaluarse en virtud del apartado a) del párrafo 1) del artículo 17 *bis* ha de ser el daño que probablemente resultará de que se emita o no la orden.

Artículo 17 *quater* - Régimen específico de las órdenes preliminares

1) Inmediatamente después de haberse pronunciado sobre la procedencia de una solicitud de orden preliminar, el tribunal arbitral notificará a todas las partes la demanda presentada de una medida cautelar, la solicitud de una orden preliminar, la propia orden preliminar, caso de haberse otorgado, así como todas las comunicaciones al respecto, consignando el contenido de toda comunicación verbal, entre cualquiera de las partes y el tribunal arbitral.

2) Al mismo tiempo, el tribunal arbitral dará, a la parte contra la que vaya dirigida la orden preliminar, la oportunidad de hacer valer sus derechos a la mayor brevedad posible.

3) El tribunal arbitral se pronunciará sin tardanza sobre toda objeción que se presente contra la orden preliminar.

4) Toda orden preliminar expirará a los veinte días contados a partir de la fecha en que el tribunal arbitral la haya emitido. No obstante, el tribunal arbitral podrá dictar una medida cautelar por la que ratifique o modifique la orden preliminar una vez que la parte contra la que se dirigió la orden preliminar haya sido notificada y haya tenido la oportunidad de hacer valer sus derechos.

5) Una orden preliminar será vinculante para las partes, pero no será de por sí objeto de ejecución judicial. Dicha orden preliminar no constituirá un laudo.

Sección 3 - Disposiciones aplicables a las medidas cautelares y órdenes preliminares

Artículo 17 *quinquies* - Modificación, suspensión, revocación

El tribunal arbitral podrá modificar, suspender o revocar toda medida cautelar u orden preliminar que haya otorgado, ya sea a instancia de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a las partes.

Artículo 17 *sexies* - Exigencia de una garantía por el tribunal arbitral

1) El tribunal arbitral podrá exigir del demandante de una medida cautelar que preste una garantía adecuada respecto de la medida.

2) El tribunal arbitral exigirá al solicitante de una orden preliminar que preste una garantía respecto de la orden, salvo que dicho tribunal lo considere inapropiado o innecesario.

Artículo 17 *septies* - Comunicación de información

1) El demandante de una medida cautelar deberá dar a conocer sin tardanza todo cambio importante que se produzca en las circunstancias que motivaron que la medida se demandara u otorgara.

2) El solicitante de una orden preliminar deberá revelar al tribunal arbitral toda circunstancia que pueda ser pertinente para la decisión que el tribunal arbitral vaya a adoptar sobre si debe otorgar o mantener la orden, y seguirá estando obligada a hacerlo en tanto que la parte contra la que la orden haya sido solicitada no haya tenido la oportunidad de hacer valer sus derechos. A partir de dicho momento, la obligación del solicitante de revelar todo cambio en las circunstancias será la misma que la que cabe exigir del demandante de una medida cautelar con arreglo al párrafo 1) del presente artículo.

Artículo 17 *octies* - Costas y daños y perjuicios

El demandante de una medida cautelar o el solicitante de una orden preliminar será responsable de las costas y de los daños y perjuicios que dicha medida u orden ocasione a la parte contra la que sea aplicable, siempre que el tribunal arbitral determine ulteriormente que, en las circunstancias del caso,

no debería haberse otorgado la medida o la orden. El tribunal arbitral podrá condenarle en cualquier momento de las actuaciones al pago de las costas y de los daños y perjuicios.

Sección 4 - Reconocimiento y ejecución de medidas cautelares

Artículo 17 *novies* - Reconocimiento y ejecución de medidas cautelares

1) Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral se reconocerá como vinculante y, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, será ejecutada al ser demandada ante el foro judicial competente, cualquiera que sea el país en donde haya sido ordenada, y a reserva de lo dispuesto en el artículo 17 *decies*.

2) La parte que demande o haya obtenido el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar informará sin demora al foro judicial de toda revocación, suspensión o modificación que se ordene de dicha medida.

3) El foro judicial ante el que sea demandado el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar podrá, si lo considera oportuno, exigir del demandante que preste una garantía adecuada, cuando el tribunal arbitral no se haya pronunciado aún en lo concerniente a tal garantía o cuando esa garantía sea necesaria para proteger los derechos de terceros.

Artículo 17 *decies* - Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución de medidas cautelares*

1) Podrá denegarse el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar únicamente:

a) si, al actuar a instancia de la parte afectada por la medida, el foro judicial está convencido de que:

i) dicha denegación está justificada por alguno de los motivos enunciados en los incisos i), ii), iii) o iv) del apartado a) del párrafo 1) del artículo 36; o

ii) no se ha cumplido la decisión del tribunal arbitral sobre la prestación de la garantía que corresponda a la medida cautelar otorgada por el tribunal arbitral; o

iii) la medida cautelar ha sido revocada o suspendida por el tribunal arbitral o, caso de que esté facultado para hacerlo, por un foro judicial del Estado en donde, se tramite el procedimiento de arbitraje o conforme a cuyo derecho dicha medida se otorgó; o

---

* Las condiciones enunciadas en el artículo 17 *decies* tienen por objeto limitar el número de circunstancias en las que un foro judicial podrá denegar la ejecución de una medida cautelar. No se menoscabará en nada el objetivo de armonización que se intenta lograr con estas disposiciones modelo si un Estado prevé en ellas menos supuestos en los que pueda denegarse la ejecución de una medida cautelar.

b) si, el foro judicial resuelve que:

i) la medida cautelar es incompatible con las facultades que se le confieren, a menos que dicho foro decida reformular la medida para ajustarla a sus propias facultades y procedimientos a efectos de poderla ejecutar sin modificar su contenido; o bien que

ii) alguno de los motivos de denegación enunciados en los incisos i) o ii) del apartado b) del párrafo 1) del artículo 36 es aplicable al reconocimiento o la ejecución de la medida demandada.

2) Toda determinación a la que llegue el foro judicial respecto de cualquier motivo enunciado en el párrafo 1) del presente artículo será únicamente aplicable para los fines de la solicitud de reconocimiento y ejecución de la medida cautelar. El foro judicial al que se solicite el reconocimiento o la ejecución no podrá emprender, en el ejercicio de dicho cometido, una revisión del contenido de la medida cautelar.

Sección 5 - Medidas cautelares dictadas por el foro judicial

Artículo 17 *undecies* - Medidas cautelares dictadas por el foro judicial

El foro judicial gozará de la misma competencia para dictar medidas cautelares al servicio de actuaciones arbitrales y en lo concerniente a esas actuaciones que tengan lugar en el país de su jurisdicción o en otro país que la que disfruta al servicio de actuaciones judiciales o en relación con ellas, y ejercerá dicha competencia de conformidad con sus propias reglas y procedimientos en la medida en que sean compatibles con los rasgos distintivos de un arbitraje internacional.

II. Observaciones sobre los proyectos de disposiciones legales sobre medidas cautelares y órdenes preliminares

Observaciones sobre la sección 1 - Medidas cautelares

Artículo 17, párrafo 2)

Forma de la medida otorgada

5. El Grupo de Trabajo examinó detenidamente la cuestión de la forma en que el tribunal arbitral debería emitir una medida cautelar en sus períodos de sesiones 36º (Nueva York, 4 a 8 de marzo de 2002)[16], 37º (Viena, 7 a 11 de octubre de 2002)[17] y 40º (Nueva York, 23 a 27 de febrero de 2004)[18]. El Grupo de Trabajo convino en que la frase "otorgada en forma o no de laudo", inspirada en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, era lo bastante neutra para reflejar la intención del Grupo de Trabajo de no expresar preferencia alguna acerca de la forma en que debería emitirse una medida cautelar. Se dijo que no procedía que el proyecto de párrafo fuera demasiado prescriptivo en lo concerniente a la forma que debería adoptar una medida cautelar. Tal vez la Comisión desee tomar nota de la sugerencia de que se

[16] A/CN.9/508, párrs. 65 a 68.
[17] A/CN.9/523, párr. 36.
[18] A/CN.9/547, párrs. 70 a 72.

aclare en algún texto explicativo, presentado tal vez en forma de una guía para la incorporación de las disposiciones legales al derecho interno, que la fórmula utiliza en el modelo de disposición no debe ser interpretada como una toma de postura respecto de la cuestión de si una medida cautelar emitida en forma de laudo reúne las condiciones requeridas para su ejecutoriedad con arreglo a la Convención de Nueva York (véase párr. 17 *infra*)[19].

Índole exhaustiva de la lista de funciones asignables a una medida cautelar

6. El Grupo de Trabajo examinó, en sus períodos de sesiones 36º (Nueva York, 4 a 8 de marzo de 2002)[20] y 39º (Viena, 10 a 14 de noviembre de 2003)[21], si la formulación actual del párrafo 2) del artículo 17 había previsto todos los motivos por los que cabría otorgar una medida cautelar. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo convino en que, en la medida en que la lista revisada incorporada al párrafo 2) describía en términos genéricos todos los motivos por los que cabría otorgar una medida cautelar, esa lista podía ser tenida por exhaustiva[22]. La Comisión tal vez desee tomar nota de la decisión del Grupo de Trabajo de aclarar lo que haga falta a ese respecto en algún texto explicativo que acompañe a esa disposición.

Artículo 17 bis

7. En su 43º período de sesiones (Viena, 3 a 7 de octubre de 2003), el Grupo de Trabajo convino en que se retuviera la palabra "adecuadamente" en el apartado a) del párrafo 1) del artículo 17 *bis* y en que se aclarara, en algún texto explicativo, que cabía interpretar dicho apartado con flexibilidad tratando de conciliar ponderadamente el grado de daño que se ocasionaría al demandante de la medida, de no ser ésta otorgada, con el daño que se ocasionaría a la parte afectada por la medida, caso de ser ésta otorgada[23].

8. Se sugirió además que cabría indicar, en algún texto explicativo que acompañara al artículo 17 *bis*, el hecho de que los requisitos enunciados en los apartados a) y b) del párrafo 1) del artículo 17 *bis* solo serán aplicables al tipo de medida cautelar previsto en el párrafo 2) d) del artículo 17 en la medida en que el tribunal arbitral lo estime oportuno, no significaba que el tribunal arbitral no examinaría y ponderaría las circunstancias del caso, al determinar la procedencia de otorgar o no una medida[24].

"Urgencia de la medida demandada"

9. El Grupo de Trabajo consideró, tras deliberar al respecto, que la urgencia de la medida demandada no debería constituir un rasgo general de toda medida cautelar[25]. Tal vez la Comisión estime oportuno que se aclare en algún texto explicativo la

---

[19] *Ibid.*
[20] A/CN.9/508, párr. 71.
[21] A/CN.9/545, párr. 21.
[22] *Ibid.*
[23] A/CN.9/589, párr. 37.
[24] *Ibid.*, párr. 33.
[25] A/CN.9/523, párr. 41.

importancia que puede tener la urgencia para el funcionamiento del régimen de la sección 1.

Observaciones sobre la sección 2 - Órdenes preliminares

Observaciones generales

10. En sus períodos de sesiones 41º (Viena, 13 a 17 de septiembre de 2004)[26] y 42º (Nueva York, 10 a 14 de enero de 2005)[27], el Grupo de Trabajo examinó en detalle las disposiciones concernientes a las facultades de un tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares sin escuchar a la parte afectada. En el texto de las disposiciones legales, se utiliza el término "orden preliminar", en vez de "medida cautelar", para describir toda medida que sea otorgada antes de haber escuchado a la parte afectada. Este término realza el carácter provisional y extraordinario de la orden dictada por el tribunal, así como la peculiaridad de su alcance y de su finalidad.

11. En su 42º período de sesiones (Nueva York, 10 a 14 de enero de 2005), el Grupo de Trabajo convino, tras prolongadas deliberaciones, en incluir un texto de índole conciliatoria que concerniente al régimen de las órdenes preliminares basado en los principios de que: dicho régimen será aplicable salvo acuerdo en contrario de las partes; queda claro que la orden preliminar es una orden o providencia de alcance puramente procesal que ni constituye un laudo ni lo prejuzga en modo alguno; y que en la sección 4 no se prevería vía ejecutoria alguna para dichas órdenes[28].

Artículo 17 ter

Finalidad, función y régimen legal de las órdenes preliminares

12. En el 41º período de sesiones del Grupo de Trabajo (Viena, 13 a 17 de septiembre de 2004), se expresaron dudas acerca de si debía conceptuarse la "orden preliminar" como una modalidad de la noción más amplia expresada por el término "medida cautelar". Se sugirió que, si se fuera a entender una orden preliminar como una mera modalidad de medida cautelar, entonces cabría considerar que la distinción entre ellas era puramente artificial, lo que tal vez diera lugar a dificultades en su aplicación práctica[29]. El Grupo de Trabajo observó que, pese a que sí cabía considerar a la orden preliminar como una modalidad de medida cautelar, cabía también distinguirla en función de su finalidad más precisa de impedir que se frustrara la medida cautelar que se fuera a demandar. Otro rasgo distintivo de la orden preliminar era la brevedad de su vida definida en el artículo 17 *quater*. Se dijo que la finalidad de toda orden preliminar era la de servir como "dispositivo de urgencia" hasta que se pudiera celebrar una vista en la que el tribunal se pronunciara sobre la medida cautelar tras haber escuchado a las dos partes[30]. La Comisión podía dictaminar si procedía preparar algún texto que se adjuntara al artículo 17 *ter* para explicar la distinción entre medida cautelar y orden preliminar.

---

[26] A/CN.9/569.
[27] A/CN.9/573.
[28] *Ibid.*, párr. 27.
[29] A/CN.9/569, párr. 24.
[30] *Ibid.*, párr. 26.

13. En el 42º período de sesiones del Grupo de Trabajo (Nueva York, 10 a 14 de enero de 2005), se dijo que cabía entender erróneamente el artículo 17 *ter* como facultando únicamente al tribunal arbitral para requerir, en términos generales, de las partes, que no frustraran la finalidad de una medida cautelar. Pese a dicho parecer, se estimó que el tribunal arbitral gozaba de una mayor discrecionalidad para emitir órdenes preliminares en todo supuesto en el que resultaran oportunas a la luz de las circunstancias del caso y se estimó que debía aclararse la lectura correcta de dicho artículo en algún texto explicativo de su contenido[31].

Artículo 17 quater

Obligación del tribunal arbitral de dar aviso (artículo 17 quater*, párrafo 1))*

14. En el 42º período de sesiones del Grupo de Trabajo (Nueva York, 10 a 14 de enero de 2005), se observó que el tribunal arbitral estaba obligado a comunicar la información y los documentos intercambiados a la parte contra la que se hubiera solicitado la orden preliminar y se sugirió que se aclarara que esa obligación era exigible con independencia de si el tribunal emitía o denegaba la orden solicitada. Cabe señalar que el Grupo de Trabajo convino en que se aclarara el alcance de esa obligación en algún texto explicativo que acompañara al artículo 17 *quater*[32].

No ejecutoriedad de las órdenes preliminares (artículo 17 quater*, párrafo 5))*

15. El Grupo de Trabajo consideró detenidamente si procedía prever alguna vía ejecutoria para la orden preliminar. Se cuestionó la necesidad de hacerlo a la luz de la índole estrictamente provisional de la orden preliminar[33] y de las dificultades prácticas que suscitaría, por ejemplo, acerca de si debía aplazarse la notificación de la orden a la parte afectada hasta después de que el foro judicial le hubiera dado curso[34]. La Comisión tal vez desee saber que la no ejecutoriedad de la orden preliminar fue un factor decisivo para poder llegar a una solución conciliatoria al respecto en el 42º período de sesiones del Grupo de Trabajo (véase párr. 11, *supra*).

Recurso a la vía judicial

16. La Comisión tal vez desee considerar una propuesta formulada en el 44º período de sesiones del Grupo de Trabajo (Nueva York, 23 a 27 de enero de 2006) de que se añadiera el siguiente texto al párrafo 5) del artículo 17 *quater*: "la obtención de una orden preliminar del tribunal arbitral no impedirá que el solicitante de dicha orden demande alguna medida cautelar ante el foro judicial competente". El Grupo de Trabajo tomó nota de dicha propuesta, y se sugirió que el texto propuesto se limitaba a aclarar el funcionamiento de la disposición, sin entrar de nuevo en ninguna de las cuestiones sustantivas que dieron lugar a la solución conciliatoria a la que se llegó[35].

---

[31] A/CN.9/573, parr. 30.
[32] *Ibid*., párr. 41.
[33] A/CN.9/547, párr. 66.
[34] A/CN.9/569, párrs. 46 a 51.
[35] A/CN.9/592, párr. 27.

Observaciones sobre la sección 4 - Reconocimiento y ejecución de medidas cautelares

Efecto combinado de la sección 4 y de los artículos 35 y 36

17. El artículo 17 *decies*, que regula los motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar, remite al párrafo 1) del artículo 36 de la Ley Modelo de Arbitraje cuyo texto es explícitamente aplicable al laudo. Cabe recordar que el Grupo de Trabajo decidió no definir la forma en que debía dictarse una medida cautelar, (véase párr. 5 *supra*), mientras que el artículo 17 *decies* tiene por finalidad la de definir los motivos que cabe invocar para denegar la ejecución de una medida cautelar, cualquiera que sea la forma en que se haya decretado la medida. La Comisión tal vez desee considerar si es necesario aclarar que la remisión que se hace en el artículo 17 *decies* al párrafo 1) del artículo 36 deberá ser entendida como una remisión que se hace a los motivos por los que el foro judicial podrá denegar la ejecución, cualquiera que sea la forma en que se haya emitido la medida cautelar[36].

Artículo 17 decies*, párrafo 1)*

Carga de la prueba

18. A diferencia del párrafo 1) a) del artículo 36 de la Ley Modelo de Arbitraje, que impone la carga de la prueba sobre la parte contra la que el laudo sea invocado, el párrafo 1) a) del artículo 17 *decies* refleja la decisión del, Grupo de Trabajo de que no se regule en absoluto la asignación de la carga de la prueba, ya que dicho asunto debe dejarse al arbitrio del de la ley por lo demás aplicable[37]. La Comisión tal vez desee tomar nota de la decisión del Grupo de Trabajo de que se aclare este asunto en toda nota explicativa que acompañe a esa disposición.

"modificada, revocada o suspendida"

19. La Comisión tal vez desee tomar nota de que el Grupo de Trabajo convino en que todo texto explicativo que acompañara al artículo 17 *decies* debería aclarar que la vía ejecutoria descrita en la sección 4 sería aplicable respecto de cualquier medida cautelar, fuera o no modificada por el tribunal arbitral[38].

Efecto del párrafo 1) a) iii) del artículo 17 decies *en el marco del artículo 34*

20. Tal vez la Comisión decida si procede aclarar la cuestión de si cabría anular con arreglo al artículo 34 de la Ley Modelo de Arbitraje una medida cautelar que haya sido emitida en forma de laudo. Cabe recordar que esa cuestión fue suscitada en el 40º período de sesiones del Grupo de Trabajo (Nueva York, 23 a 27 de febrero de 2004) en el contexto de una discusión acerca de si el párrafo 1) a) iii) del artículo 17 *decies* daría pie al foro judicial competente para anular una medida cautelar decretada por un tribunal arbitral. El Grupo de Trabajo convino en que no debía interpretarse erróneamente el párrafo 1) a) iii) del artículo 17 *decies* como

---

[36] A/CN.9/547, párr. 43.
[37] *Ibid.*, párrs. 35 a 36, 42, 58 y 60; A/CN.9/573, párr. 73.
[38] A/CN.9/589, párr. 85.

suministrando un motivo para que un foro judicial pueda anular una medida cautelar impuesta por un tribunal arbitral[39].

Artículo 17 decies*, párrafo 2*

21. La Comisión tal vez desee recordar que se expresó inquietud en el Grupo de Trabajo en el sentido de que, al solicitarse ante un foro judicial la ejecución de una medida cautelar, con arreglo a lo previsto en el párrafo 1) a) i) del artículo 17 *decies* (que remite a los motivos enunciados en el párrafo 1) a), ii), iii) o iv) del artículo 36), cabía que el foro judicial adoptara una decisión que fuera más allá del mero reconocimiento y ejecución de una medida cautelar, y que repercutiera, por ejemplo, sobre el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral por el que se resolviera el fondo del litigio. La finalidad del párrafo 2) del artículo 17 *decies* es la de limitar las facultades del foro judicial al mero reconocimiento y ejecución de la medida cautelar cuya ejecución se haya solicitado[40].

Observaciones sobre la sección 5 - Medidas cautelares dictadas por un foro judicial

Artículo 17 *undecies*

Colocación del artículo 17 undecies

22. Tal vez deba señalarse que el Grupo de Trabajo consideró la conveniencia de trasladar el artículo 17 *undecies*, que regula las medidas cautelares impuestas por un foro judicial, a algún otro lugar de la Ley Modelo de Arbitraje que no sea un capítulo dedicado a las medidas cautelares otorgadas por tribunales arbitrales. El Grupo de Trabajo convino en que tal vez procediera insertar un texto explicativo que acompañara al artículo 17 *undecies* por el que se sugiriera a todo Estado que fuera a incorporarlo a su derecho interno[41] que trasladara dicho artículo al lugar que corresponda en su derecho interno. Cabría redactar este texto explicativo en términos como los del texto sugerido en la nota presentada por la Secretaría[42].

III. Enmienda del párrafo 2) del artículo 1 de la Ley Modelo de Arbitraje

23. En su 43º período de sesiones (Viena, 3 a 7 de octubre de 2005), el Grupo de Trabajo tomó nota de que, dada la intención de que la disposición concerniente a las medidas cautelares impuestas por un foro judicial sea aplicable cualquiera que sea el Estado donde se celebre el arbitraje, esa disposición debería ser añadida a la lista de artículos que aparecen enumerados en el párrafo 2) del artículo 1 de la Ley Modelo de Arbitraje. En dicho párrafo se dispone que, respecto de los artículos enumerados en la salvedad que se hace a la regla enunciada en su texto, la Ley Modelo de

---

[39] A/CN.9/547, párr. 26.
[40] *Ibid*., párr. 24.
[41] A/CN.9/592, párrs. 40 a 42.
[42] A/CN.9/WG.II/WP.141, párr. 13. Dicha nota decía: “Al promulgar el artículo 17 *undecies*, el Estado promulgante tal vez desee agrupar esta disposición con otras disposiciones de su derecho interno relativas a ciertas funciones de supervisión o de asistencia al procedimiento arbitral que incumban al foro judicial o a toda otra autoridad competente”.

Arbitraje, caso de haber sido promulgada en el territorio de determinado Estado, será aplicable aun cuando el lugar del arbitraje no esté en el territorio de dicho Estado[43]. Se sugirió además que se hiciera referencia en esa lista de artículos exceptuados de la regla de dicho párrafo, a los artículos 17 *novies* y 17 *decies* (que regulan, respectivamente, el reconocimiento y la ejecución de las medidas cautelares y los motivos para denegar ese reconocimiento o la ejecución) de modo que el párrafo 2) del artículo 1 de la Ley Modelo de Arbitraje diría:

> 2) "Las disposiciones de la presente Ley, con excepción de los artículos 8, 9, 17 *novies*, 17 *decies*, 17 *undecies*, 35 y 36, se aplicarán únicamente si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio de este Estado".

IV. Textos explicativos

24. La Comisión tal vez desee examinar la decisión del Grupo de Trabajo de que los textos explicativos de las disposiciones legales, concernientes a las medidas cautelares y a las órdenes preliminares, sean formulados en términos parecidos a los de la nota explicativa actual de la Ley Modelo de Arbitraje, y de que esos textos sustituyan al texto actual del párrafo 26 de dicha nota y cualquier otro párrafo de la misma que pueda verse afectado. Se pidió, además, a la Secretaría que facilitara información más detallada sobre las medidas cautelares y las órdenes preliminares a todo Estado promulgante que la solicitara para la incorporación al derecho interno y la aplicación de las nuevas disposiciones revisadas[44].

---

[43] A/CN.9/589, párrs. 101 a 103.
[44] A/CN.9/592, párr. 81.

I. Nota de la Secretaría sobre solución de controversias comerciales: acuerdo sobre la forma de arbitraje

(A/CN.9/606) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
	Introducción	1-3
I.	Proyecto de disposiciones legales sobre la forma del acuerdo de arbitraje	4
	1. Proyecto de artículo 7 revisado de la Ley Modelo sobre el Arbitraje	4
	2. Variante	4
II.	Nota sobre el proyecto de disposiciones legales relativo a la forma del acuerdo de arbitraje	5-21
	1. Notas sobre el proyecto de artículo 7 revisado de la Ley Modelo sobre el Arbitraje	5-17
	2. Notas relativas a la otra variante	18-21
III.	Enmienda del párrafo 2) del artículo 35 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje	22
IV.	Material explicativo	23-24

Introducción

1. En su 32º período de sesiones, (Viena, 17 de mayo a 4 de junio de 1999), la Comisión decidió que uno de los temas prioritarios para el Grupo de Trabajo debería ser el requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje, enunciado en el párrafo 2) del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante "la Ley Modelo sobre el Arbitraje")[1]. El Grupo de Trabajo estudió la posible preparación de un texto armonizado sobre el requisito de la forma escrita en sus períodos de sesiones 32º (Viena, 20 a 31 de marzo de 2000)[2], 33º (Viena, 20 de noviembre a 1 de diciembre de 2000)[3], 34º (Nueva York, 21 de mayo a 1 de junio de 2001)[4], 36º (Nueva York, 4 a 8 de marzo de 2002)[5], 43º (Viena, 3 a 7 de octubre de 2005)[6], y 44º (Nueva York, 23 a 27 de enero de 2006)[7].

---

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/54/17), párrs. 344 a 350 y párr. 380.
[2] A/CN.9/468, párrs. 88 a 106.
[3] A/CN.9/485, párrs. 21 a 59.
[4] A/CN.9/487, párrs. 22 a 41.
[5] A/CN.9/508, párrs. 18 a 39.
[6] A/CN.9/589, párrs. 108 a 112.
[7] A/CN.9/592, párrs. 46 a 81.

2. Cuando el Grupo de Trabajo examinó la cuestión del requisito de la forma escrita para el acuerdo de arbitraje en su 32º período de sesiones, se observó en general que se precisaban disposiciones que se ajustaran a la práctica actual del comercio internacional. También se observó que los tribunales nacionales interpretaban de manera cada vez más liberal esas disposiciones, de acuerdo con la práctica internacional y con las expectativas de las partes en el comercio internacional[8].

3. Se recordó asimismo que la intención del Grupo de Trabajo al revisar el artículo 7 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje ha sido actualizar las leyes internas sobre la cuestión del requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje, manteniendo al mismo tiempo la ejecutabilidad de esos acuerdos, tal como preveía la Convención de Nueva York. A fin de lograr este objetivo, se presentaron dos opciones; la primera opción daba una descripción detallada de cómo podía satisfacerse el requisito de la forma escrita (proyecto de artículo 7 revisado), y la otra eliminaba por completo el requisito de la forma escrita (la otra variante). En el Grupo de Trabajo se opinó que tanto la otra variante como el proyecto de artículo 7 revisado contenían opciones útiles para regular los problemas relativos al requisito de la forma escrita[9]. En el 44º período de sesiones del Grupo de Trabajo se formuló y adoptó una propuesta en virtud de la cual se presentarían a los Estados como posibles opciones el proyecto de artículo 7 revisado, enmendado por el Grupo de Trabajo, y la otra variante[10].

I. Proyecto de disposiciones legales sobre la forma del acuerdo de arbitraje

4. Los textos del proyecto de artículo 7 revisado y de la otra variante que aprobó el Grupo de Trabajo en su 44º período de sesiones son los siguientes[11].

1. Proyecto de artículo 7 revisado de la Ley Modelo sobre el Arbitraje

Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje

1) El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito.

3) Un acuerdo de arbitraje constará por escrito si queda constancia de sus términos de cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.

---

[8] A/CN.9/468, párr. 88.
[9] A/CN.9/589, párrs. 110 a 112.
[10] A/CN.9/592, párr. 74.
[11] *Ibid.*, párrs. 46 a 75 y anexo II.

4) El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella contenida es accesible para su ulterior consulta. Por "comunicación electrónica" se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por "mensaje de datos" se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

5) Además, se considerará que un acuerdo de arbitraje consta por escrito si está consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra.

6) La remisión hecha en un contrato a un texto que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje, siempre que dicha remisión implique que esa cláusula forma parte del contrato.

2. Variante

Artículo 7. Definición del acuerdo de arbitraje

El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

II. Nota sobre el proyecto de disposiciones legales relativo a la forma del acuerdo de arbitraje

1. Notas sobre el proyecto de artículo 7 revisado de la Ley Modelo sobre el Arbitraje

Párrafo 1)

5. El párrafo 1) reproduce el párrafo 1) del artículo 7 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje[12].

Párrafo 2)

6. El párrafo 2) reproduce la primera frase del párrafo 2) del artículo 7 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje y se ajusta al contenido del párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York[13].

Párrafo 3)

7. En el párrafo 3) se define el requisito de la forma escrita[14].

---

[12] *Ibid.*, párr. 49.
[13] *Ibid.*, párrs. 50 a 59.
[14] *Ibid.*, párr. 59.

Observaciones generales

8. El párrafo 3) del proyecto de artículo 7 revisado trataba de aclarar, mediante una definición, el modo en que podía cumplirse el requisito de la forma escrita. En su 44º período de sesiones (Nueva York, 23 a 27 de enero de 2006), el Grupo de Trabajo examinó la cuestión de si la finalidad del requisito escrito era dejar constancia del consentimiento de las partes a someter una controversia al arbitraje o el consentimiento sobre el contenido del acuerdo de arbitraje[15]. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo llegó a la conclusión general de que de lo que había que dejar constancia era del acuerdo de arbitraje, más que de la convergencia de opiniones de las partes o de otra información relativa a la formación del acuerdo y que, por consiguiente, sería apropiado hacer referencia al contenido del acuerdo de arbitraje en el texto del párrafo 3)[16]. En ese contexto, se señaló que el párrafo 3) regulaba la definición de la forma del acuerdo de arbitraje, así como la cuestión de que el hecho de que las partes llegaban efectivamente a un acuerdo de arbitraje era una cuestión sustantiva que debiera dejarse en manos del derecho interno.

9. Cabe recordar que la intención del Grupo de Trabajo era asegurar que la disposición revisada relativa a la definición de la forma del acuerdo de arbitraje abarcaría diversos supuestos, inclusive el caso en que se concertara verbalmente por radio un acuerdo de salvamento marítimo haciendo referencia a un formulario de contrato normalizado preexistente que contuviera una cláusula compromisoria, tal como el formulario abierto de Lloyd's; los contratos concertados mediante ejecución o conducta (por ejemplo, una venta de mercancías con arreglo al artículo 18 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías) con una referencia a un formulario normalizado que contuviera una cláusula compromisoria, como los documentos establecidos por la Grain and Food Trade Association (GAFTA); y los contratos celebrados verbalmente pero confirmados subsiguientemente por escrito. No se pretende regular en ese párrafo una mera referencia, en un contrato verbal, a un conjunto de reglas de arbitraje o a una ley que rija el procedimiento de arbitraje en la medida en que las partes no convinieran en ningún reglamento de procedimiento.

10. El Grupo de Trabajo convino en que tal vez sería necesaria una aclaración en material explicativo que acompañara a la disposición, como por ejemplo en una guía para la incorporación y la utilización en el derecho interno para las situaciones de hecho que se pretendiera englobar en el artículo 3)[17]. La Comisión tal vez desee examinar el proyecto de artículo 7 revisado teniendo en cuenta las situaciones de hecho que se enumeran a continuación con miras a determinar si el proyecto de disposición las abarca en el grado en que la Comisión desea que queden abarcadas.

---

[15] *Ibid.*, párr. 57.
[16] *Ibid.*, párrs. 61 y 62.
[17] *Ibid.*, párr. 62.

Situaciones de hecho

11. En su 32º período de sesiones[18] (Viena, 20 a 31 de marzo de 2000), el Grupo de Trabajo examinó varios ejemplos típicos de casos en que las partes han acordado el contenido del contrato que prevé un acuerdo de arbitraje y hay constancia por escrito del contrato, pero en que, a pesar de ello, el derecho vigente, si se interpreta de manera estricta, puede invalidar o cuestionar el acuerdo de arbitraje[19].

12. Las situaciones descritas en los apartados a) a h) que figuran a continuación son aquellas en que las partes han celebrado un contrato con una cláusula compromisoria pero en que cabe considerar que esa cláusula no cumple los requisitos legislativos:

a) Una parte formula un contrato que contiene una cláusula de arbitraje y envía las condiciones por escrito a la otra, que cumple su cometido conforme al contrato sin contestar ni realizar ningún otro "intercambio" por escrito en relación con las condiciones del contrato;

b) Se formula un contrato en el que figura una cláusula de arbitraje partiendo de un texto propuesto por una de las partes, que la otra parte no acepta de forma explícita por escrito, pero al cual se refiere por escrito ulteriormente en correspondencia, en una factura o en una carta de crédito mencionando, por ejemplo, la fecha o el número del contrato;

c) Se concierta un contrato a través de un intermediario, el cual redacta el texto que testimonia lo acordado por las partes, incluida la cláusula de arbitraje, sin que exista ninguna comunicación escrita directa entre las partes;

d) En un acuerdo verbal se hace referencia a un conjunto de condiciones escritas, que pueden existir como modelo, y que contienen un acuerdo de arbitraje;

e) Conocimientos de embarque que incorporan por remisión las condiciones de la póliza de fletamento subyacente;

f) Una serie de contratos concertados anteriormente entre las mismas partes en el transcurso de sus negocios, en los que figuran acuerdos de arbitraje válidos, pero no existe ningún escrito firmado que dé fe del contrato, que tampoco ha sido objeto de un intercambio de documentos por escrito;

---

[18] A/CN.9/468, párr. 95; A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1, párr. 12, y A/CN.9/WG.II/WP.110, párrs. 16 a 26.

[19] Estas situaciones de hecho estaban enumeradas en el párrafo 12 del documento A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1 y en los párrafos 16 a 26 del documento A/CN.9/WG.II/WP.110. Entre estas situaciones figuraba el caso en que un demandante solicitara que se entablara un procedimiento de arbitraje contra una entidad que no fuera parte original en el acuerdo de arbitraje, o en que una entidad que no fuera parte original en el acuerdo de arbitraje tratara de invocar dicho acuerdo para entablar un arbitraje, por ejemplo, invocando la teoría del "grupo de empresas". Sin embargo, el Grupo de Trabajo consideró que esta situación planteaba cuestiones difíciles y la idea de una regla armonizada no obtuvo una amplia aceptación (A/CN.9/468, párr. 95).

g) El contrato original contiene una cláusula de arbitraje concluida de manera válida, pero no figura cláusula de arbitraje alguna en un anexo del contrato, una prórroga de éste, un contrato de novación o un acuerdo de arreglo relativo al contrato (dicho contrato "ulterior" puede haberse concertado verbalmente o por escrito);

h) Un conocimiento de embarque en el que figure una cláusula de arbitraje que no haya sido firmada por el cargador o por el tenedor ulterior.

13. Las situaciones descritas en los apartados a) a d) a continuación se refieren a casos en que cabe suponer que el acuerdo de arbitraje ha sido celebrado válidamente por un conjunto de partes y el problema radica en la cuestión sustantiva de si ese acuerdo de arbitraje será vinculante para todo tercero que posteriormente se adhiera al contrato o asuma ciertos derechos u obligaciones dimanantes del contrato:

a) Derechos y obligaciones de terceros con arreglo a acuerdos de arbitraje previstos en contratos que conceden beneficios a terceros o en los que figuran estipulaciones en favor de terceros;

b) Derechos y obligaciones de terceros con arreglo a acuerdos de arbitraje tras la cesión o la novación del contrato pertinente a un tercero;

c) Derechos y obligaciones de terceros con arreglo a acuerdos de arbitraje en los que el tercero ejerce los derechos en los que se ha subrogado;

d) Derechos y obligaciones con arreglo a acuerdos de arbitraje en los que los intereses previstos en los contratos son reivindicados por sucesores de las partes, tras la fusión o la separación de sociedades, de forma que la entidad social ya no es la misma.

14. Convendría señalar que el Grupo de Trabajo consideró que el hecho de que la celebración verbal de ciertos tipos de contratos pueda ser una práctica consuetudinaria en determinados ramos del comercio o que los acuerdos de arbitraje en determinados tipos de contratos pueden ser usuales tenía más que ver con las condiciones sustantivas para determinar si se había llegado a un acuerdo para recurrir al arbitraje que con su forma. Dado que era conveniente que la disposición modelo se limitara a cuestiones de forma y no tratara condiciones sustantivas para la validez de los acuerdos de arbitraje, se consideró que la cuestión de lo que era consuetudinario y el modo en que las partes llegaban a un acuerdo no entraba en el ámbito de la disposición modelo[20].

Párrafo 4)

15. Los términos empleados en el párrafo 4) se ajustaban a los utilizados en el párrafo 2) del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (en adelante "la Convención sobre los Contratos Electrónicos"), y las definiciones de "comunicación electrónica" y "mensaje de datos" reproducían las definiciones enunciadas en los apartados b) y c) del artículo 4 de la Convención sobre los Contratos Electrónicos[21].

---

[20] A/CN.9/485, párrs. 39 a 41, y A/CN.9/592, párr. 72.

[21] A/CN.9/592, párr. 64.

Párrafo 5)

16. Las disposiciones del párrafo 5) estaban incluidas en el párrafo 2) del artículo 7 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje, y el Grupo de Trabajo decidió mantener en el texto ese párrafo[22].

Párrafo 6)

17. El Grupo de Trabajo recordó que una de las principales finalidades del párrafo 6) era confirmar la validez formal de los acuerdos de arbitraje incorporados por remisión. Por ejemplo, las partes podían celebrar un contrato cuyos términos estuvieran redactados en una forma normalizada, pero esa forma podía no contener una cláusula compromisoria y, en su lugar, podía incorporar por remisión una cláusula compromisoria a otro documento que contuviera esos términos[23]. El Grupo de Trabajo convino en que, como cuestión de política general, la referencia u otro nexo con un documento contractual escrito que contuviera una cláusula compromisoria debería ser suficiente para establecer la validez formal del acuerdo de arbitraje, y que el derecho interno u otro derecho aplicable debería determinar si la remisión convertía a esa cláusula en parte del contrato o del acuerdo separado de arbitraje, a pesar de que el contrato o el acuerdo separado de arbitraje se hubieran celebrado verbalmente, fueran deducibles de la conducta o se hubieran concertado por otros medios no escritos[24].

2. Notas relativas a la otra variante

18. La otra variante omitía por completo el requisito de la forma escrita. Según esta disposición, los acuerdos de arbitraje verbales serían reconocidos como válidos. En apoyo de la otra variante, se dijo que en muchas legislaciones nacionales figuraban requisitos de forma para los acuerdos de arbitraje que podían haber caído en desuso. Se señaló que en varios ordenamientos jurídicos que habían suprimido el requisito de la forma escrita para los acuerdos de arbitraje, raras veces se concertaban acuerdos de arbitraje verbales y estos tipos de acuerdos no habían dado lugar a controversias importantes sobre su validez[25].

19. Se estimó que la otra variante establecía un régimen más favorable para el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales que el que preveía la Convención de Nueva York y que, por consiguiente, en virtud de la "disposición jurídica más favorable", enunciada en el párrafo 1) del artículo VII de la Convención de Nueva York, se aplicaría la Ley Modelo sobre el Arbitraje en vez del párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York.

20. Si bien el nuevo texto propuesto se consideró útil para poner de relieve los problemas que planteaban los requisitos de la forma escrita, se opinó que si se suprimía todo requisito de forma y cada una de las referencias a "escrito" se podría crear incertidumbre[26].

---

[22] *Ibid.*, párrs. 65 a 68.
[23] *Ibid.*, párr. 69.
[24] *Ibid.*, y A/CN.9/508, párrs. 27 a 31.
[25] A/CN.9/592, párr. 47.
[26] A/CN.9/589, párr. 110.

21. La Comisión tal vez desee estudiar si mantiene en el texto la otra variante y, de hacerlo, la forma en que el proyecto de artículo 7 revisado y la otra variante podrían presentarse en la Ley Modelo sobre el Arbitraje.

III. Enmienda del párrafo 2) del artículo 35 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje

22. El párrafo 2) del artículo 35 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje, basado en el artículo IV de la Convención de Nueva York, prevé que la parte que invoque un laudo o que solicite su ejecución deberá presentar el laudo original debidamente autenticado o una copia del mismo debidamente certificada, así como el acuerdo de arbitraje original o una copia del mismo debidamente certificada. Al examinar los proyectos relativos al requisito de la forma escrita para un acuerdo de arbitraje, el Grupo de Trabajo estimó necesario que en el párrafo 2) del artículo 35 se modificara el concepto del requisito de la forma escrita (párrafo 2) del artículo 7 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje y párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York) de modo que el texto del artículo dijera lo siguiente[27]:

Artículo 35, párrafo 2), de la Ley Modelo sobre el Arbitraje

La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá presentar el laudo original o copia debidamente certificada del mismo. Si el laudo no estuviera redactado en un idioma oficial de ese Estado, el tribunal podrá solicitar a la parte que presente una traducción certificada del laudo a ese idioma.

IV. Material explicativo

23. En su 44º período de sesiones (Nueva York, 23 a 27 de enero de 2006), el Grupo de Trabajo convino en que el material explicativo referente a las disposiciones legales sobre la forma del acuerdo de arbitraje podría redactarse en términos parecidos a los de la nota explicativa de la Ley Modelo sobre el Arbitraje, y en que ese texto podría reemplazar los actuales párrafos 18 y 19 y otros párrafos pertinentes de esa nota explicativa. Además, se pidió a la Secretaría que proporcionara a los Estados promulgantes información más detallada sobre la forma de los acuerdos de arbitraje que figurase en una guía para la promulgación y utilización de las disposiciones revisadas[28]. La Comisión tal vez desee proporcionar orientación suplementaria al respecto.

---

[27] A/CN.9/592, párrs. 76 a 80 y anexo II.

[28] *Ibid.*, párr. 81.

24. Cuando la Comisión se planteó la posibilidad de preparar legislación modelo, se sugirió que toda legislación modelo que se preparara con respecto a la forma del acuerdo de arbitraje incluyera una disposición del tenor del artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, cuya finalidad es facilitar la interpretación mediante referencia a los principios internacionalmente aceptados. Disposiciones similares se habían incorporado a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico[29] y a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Insolvencia Transfronteriza[30]. Se argumentó que ese comentario no vinculante formulado por la Comisión paralelamente a la disposición legal modelo podría agilizar el proceso de armonización de la ley y su interpretación. La Comisión tal vez desee decidir si es preciso incluir tal disposición en el texto[31].

---

[29] Artículo 3: "1) En la interpretación de la presente Ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe. 2) Las cuestiones relativas a materias que se rijan por la presente Ley y que no estén expresamente resueltas en ella serán dirimidas de conformidad con los principios generales en que ella se inspira."

[30] Artículo 8: "En la interpretación de la presente Ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe."

[31] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/54/17), párr. 348, y A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1, párr. 23.

J. Nota de la Secretaría sobre solución de controversias comerciales: proyecto de declaración sobre la interpretación del párrafo 2 del artículo II y del párrafo 1 del artículo VII de la Convención de Nueva York

(A/CN.9/607) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
	Introducción	1-3
I.	Proyecto de declaración sobre la interpretación del párrafo 2 del artículo II y del párrafo 1 del artículo VII de la Convención de Nueva York	4
II.	Notas al proyecto de declaración sobre la interpretación del párrafo 2 del artículo II y del párrafo 1 del artículo VII de la Convención de Nueva York	5-12

Introducción

1. En su 32º período de sesiones (Viena, 17 de mayo a 4 de junio de 1999), la Comisión decidió que uno de los temas prioritarios del Grupo de Trabajo debería ser el requisito de la forma escrita para el acuerdo de arbitraje, que figuraba en el párrafo 2) del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante "Ley Modelo sobre Arbitraje") y en el párrafo 2 del artículo II de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (en adelante "Convención de Nueva York")[1]. En su 34º período de sesiones (Viena, 25 de junio a 13 de julio de 2001), la Comisión señaló que, si bien el Grupo de Trabajo no debería perder de vista la importancia de ofrecer certeza sobre la intención de las partes de someter una controversia a arbitraje, también era importante hacer lo posible por facilitar una interpretación más flexible del estricto requisito de forma que se enunciaba en la Convención de Nueva York, para no frustrar las expectativas de las partes cuando hubiesen acordado recurrir al arbitraje. A ese respecto, la Comisión tomó nota de la posibilidad de que el Grupo de Trabajo siguiera examinando el significado y el efecto de la disposición sobre el derecho más favorable enunciada en el párrafo 1 del artículo VII, de la Convención de Nueva York[2].

2. En su 35º período de sesiones (Nueva York, 17 a 28 de junio de 2002), la Comisión observó que el Grupo de Trabajo había estudiado un proyecto de instrumento interpretativo referente al párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York. La Comisión opinó que los Estados miembros y observadores debían disponer de tiempo suficiente para celebrar consultas sobre esas importantes cuestiones, incluida la posibilidad de examinar ulteriormente el significado y el efecto de la disposición sobre el derecho más favorable del párrafo 1 del

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/54/17), párrs. 344 a 350 y párr. 380.

[2] *Ibid.*, *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/56/17), párr. 313.

artículo VII de la Convención de Nueva York, como había observado en su 34º período de sesiones[3].

3. El Grupo de trabajo examinó el tema del requisito de la forma escrita que figuraba en el párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York, y la preparación de un instrumento interpretativo, en sus períodos de sesiones 32º (Viena, 20 a 31 de marzo de 2000)[4], 33º (Viena, 20 de noviembre a 1 de diciembre de 2000)[5], 34º (Nueva York, 21 de mayo a 1 de junio de 2001)[6], 36º (Nueva York, 4 a 8 de marzo de 2002)[7] y 44º (Nueva York, 23 a 27 de enero de 2006)[8].

I. Proyecto de declaración sobre la interpretación del párrafo 2 del artículo II y del párrafo 1 del artículo VII de la Convención de Nueva York

4. El texto del proyecto de declaración sobre la interpretación del párrafo 2 del artículo II y del párrafo 1 del artículo VII de la Convención de Nueva York, convenido por el Grupo de Trabajo en su 44º período de sesiones[9], dice así:

"*Declaración relativa a la interpretación del artículo II 2) y del artículo VII 1) de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958*

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional,

[1] *Recordando* la resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1966, por la que fue establecida la Comisión con el objeto de promover la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional,

[2] *Consciente* del hecho de que en la Comisión están representados los diferentes sistemas jurídicos, sociales y económicos del mundo, junto con los diferentes niveles de desarrollo,

[3] *Recordando* las sucesivas resoluciones en que la Asamblea General reafirmó el mandato de la Comisión como órgano jurídico central del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional, para coordinar las actividades jurídicas en este campo,

[4] *Consciente* de su mandato de impulsar la armonización y la unificación progresivas del derecho mercantil internacional promoviendo, entre otras cosas, medios para asegurar una interpretación y aplicación uniformes de las convenciones internacionales y de las leyes uniformes en el campo del derecho mercantil internacional,

---

[3] *Ibid.*, *quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/57/17), párr. 183.
[4] A/CN.9/468, párrs. 88 a106.
[5] A/CN.9/485, párrs. 60 a 77.
[6] A/CN.9/487, párrs. 42 a 63.
[7] A/CN.9/508, párrs. 40 a 50.
[8] A/CN.9/592, párrs. 82 a 88.
[9] *Ibid.*, y anexo III a A/CN.9/592.

[5] *Convencida* de que la amplia adopción de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras ha supuesto un logro importante para la promoción del imperio de la ley, especialmente en el ámbito del comercio internacional,

[6] *Recordando* que la Conferencia de Plenipotenciarios que preparó y abrió a la firma la Convención aprobó una resolución que decía, entre otras cosas, que la Conferencia "considera que una mayor uniformidad en las leyes nacionales relativas al arbitraje haría más eficaz el arbitraje como medio de solución de las controversias de derecho privado...",

[7] *Teniendo en cuenta* las diferentes interpretaciones de los requisitos de forma que establece la Convención y que obedecen en parte a diferencias de expresión entre los cinco textos igualmente auténticos de la Convención,

[8] *Teniendo en cuenta* el artículo VII 1) de la Convención, uno de cuyos objetivos es permitir la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en la mayor medida posible, en particular reconociendo el derecho de cualquier parte interesada a acogerse a las leyes o los tratados del país donde la sentencia se invoque, incluyendo los casos en que dichas leyes o tratados ofrezcan un régimen más favorable que el de la Convención,

[9] *Considerando* el extendido uso del comercio electrónico,

[10] *Teniendo en cuenta* los instrumentos jurídicos internacionales, como la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, y sus revisiones posteriores, en particular en lo que respecta al artículo 7, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales,

[11] *Teniendo también en cuenta* que se han promulgado leyes nacionales más favorables que la Convención en lo que respecta al requisito de forma a que están sometidos los acuerdos de arbitraje, los procedimientos de arbitraje y la ejecución de las sentencias arbitrales, que han dado origen a una jurisprudencia,

[12] *Considerando* que, al interpretar la Convención, ha de tenerse en cuenta la necesidad de promover el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales,

[13] *Recomienda* que el artículo II, 2) de la Convención se aplique reconociendo que las circunstancia que describe no son exhaustivas,

[14] *Recomienda* que el artículo VII 1) de la Convención se aplique de forma que permita a las partes interesadas acogerse a los derechos que puedan corresponderle en virtud de las leyes o los tratados del país donde se invoque el acuerdo de arbitraje, para obtener el reconocimiento de la validez de ese acuerdo de arbitraje".

II. Notas al proyecto de declaración sobre la interpretación del párrafo 2 del artículo II y del párrafo 1 del artículo VII de la Convención de Nueva York

5. El examen del Grupo de Trabajo se centró inicialmente en el párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York y en las diversas opciones disponibles para abordar las dificultades surgidas en su interpretación. Estimó en general que era necesario formular disposiciones respecto del requisito de la forma escrita que se ajustaran a la práctica actual del comercio internacional, y que esa práctica no reflejaba ya, en algunos aspectos, la norma enunciada en el párrafo 2 del artículo II (y en otros textos legislativos internacionales inspirados en ese artículo), si se interpretaba en su sentido más estricto[10]. El Grupo de Trabajo debatió posibles alternativas para lograr una interpretación más amplia del párrafo 2 del artículo II[11]. Entre ellas estaba un protocolo que enmendara la redacción del párrafo 2 del artículo II; la adopción de una declaración, resolución o nota en que se abordara la interpretación de la Convención de Nueva York y, para eliminar dudas, se estableciera que el párrafo 2 del artículo II tenía por objeto abarcar determinadas situaciones o producir un efecto determinado; alentando una interpretación más amplia de la Convención de Nueva York, basada en el planteamiento de algunos tribunales que interpretaban el párrafo 2 del artículo II en consonancia con la Ley Modelo sobre Arbitraje[12]; y preparando directrices prácticas o notas que determinaran cómo utilizar el artículo 7 de la Ley Modelo sobre Arbitraje como instrumento interpretativo para aclarar la aplicación del párrafo 2 del artículo II[13].

6. La opinión que prevaleció fue que, como enmendar oficialmente la Convención de Nueva York o elaborar un protocolo de dicha Convención podría exacerbar la actual falta de armonía en la interpretación, y como la aprobación de ese protocolo o enmienda por algunos Estados requeriría bastantes años y, mientras tanto, contribuiría a agravar la incertidumbre, ese planteamiento era básicamente inviable. El Grupo de Trabajo, haciendo suyo el punto de vista de que sería útil aprobar una directriz relativa a la interpretación del párrafo 2 del artículo II para lograr el objetivo de garantizar una interpretación uniforme que respondiera a las necesidades del comercio internacional, decidió que se siguiera estudiando una declaración, resolución o texto interpretativo de la Convención de Nueva York que reflejara un amplio entendimiento sobre el requisito de forma, a fin de determinar el mejor enfoque posible[14].

7. En su 36º período de sesiones (Nueva York, 4 a 8 de marzo de 2002), el Grupo de Trabajo examinó un proyecto de instrumento interpretativo relativo al párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York, a fin de ofrecer orientación sobre la interpretación y aplicación del requisito de la forma escrita que figuraba en dicho artículo y de lograr un grado mayor de uniformidad. El párrafo 2 del artículo II había sido objeto de diferentes interpretaciones en los tribunales estatales. En particular, qué se entendía por el término “firmados” si el requisito de firma

---

[10] A/CN.9/468, párr. 88.
[11] A/CN.9/468, párrs. 88 a 99.
[12] A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1, párr. 36 y nota 9.
[13] A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1, párrs. 33 y 34.
[14] A/CN.9/468, párrs. 88 a 99.

afectaba tanto a las cláusulas de arbitraje en un contrato como al acuerdo de arbitraje, y qué se entendía por "canje de cartas o telegramas" eran asuntos sobre los que había habido interpretaciones diferentes y a veces contradictorias[15] A/CN.9/WG.II/WP.139. Las distintas interpretaciones de los tribunales estatales se debían también a diferencias de expresión entre los cinco textos igualmente auténticos de la Convención de Nueva York. Así, por ejemplo, en la versión inglesa, la definición de "agreement in writing" (al utilizar la palabra "includes") parecía ofrecer una lista no exhaustiva de ejemplos, mientras que las versiones en otros idiomas, igualmente auténticas, ofrecían al parecer una lista exhaustiva de los elementos de la definición[16].

8. El proyecto de declaración examinado por el Grupo de Trabajo en su 36º período de sesiones (Nueva York, 4 a 8 de marzo de 2002) contenía la recomendación o declaración de que la definición de "acuerdo por escrito" del párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York debía entenderse "como incluyendo [una redacción inspirada en el texto revisado del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional][17]". En el Grupo de Trabajo se expresaron opiniones en el sentido de que el proyecto de disposiciones legislativas que revisaban el artículo 7 de la Ley Modelo sobre Arbitraje y que examinaba el Grupo de Trabajo difería de forma significativa del párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York, por ejemplo en que, en virtud del proyecto de disposición legislativa, un acuerdo verbal que se remitiera a las condiciones del arbitraje por escrito podría considerarse válido, mientras que en virtud del párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York, tal como se interpretaba en muchos ordenamientos jurídicos, no se consideraría así[18]. Por consiguiente, se expresaron opiniones en el sentido de que podría no ser adecuado utilizar un instrumento interpretativo para declarar que el párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York debía interpretarse como si tuviera el mismo sentido que el proyecto de artículo 7 revisado de la Ley Modelo sobre Arbitraje. Al examinar la posibilidad de enmendar esta Ley como instrumento para interpretar el párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York (sin enmendar esta Convención), el Grupo de Trabajo señaló también que la legislación nacional podría aplicarse en el contexto de la disposición sobre la ley más favorable del párrafo 1 del artículo VII de la Convención de Nueva York.

9. En su 44º período de sesiones (Nueva York, 23 a 27 de enero de 2006), el Grupo de Trabajo procedió a examinar el texto de un proyecto de declaración interpretativa sobre la interpretación del párrafo 1 del artículo VII de la Convención de Nueva York. Ese enfoque se estimó alentador para elaborar normas que favorecieran la validez de los acuerdos de arbitraje en una amplia variedad de situaciones, y alentar a los Estados a adoptar la versión revisada del artículo 7 de la Ley Modelo sobre Arbitraje y leyes favorables para su aplicación[19]. En dicho período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en incluir en el proyecto de

---

[15] A/CN.9/WG.II/WP.139.
[16] A/CN.9/592, párr. 87.
[17] A/CN.9/508, párrs. 40 a 50.
[18] A/CN.9/508, párr. 45.
[19] A/CN.9/592, párrs. 85 y 86.

declaración disposiciones que aclarasen el significado del párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York[20].

10. Hay que señalar que la aceptabilidad de permitir requisitos de forma menos restrictivos, mediante el párrafo 1 del artículo VII de la Convención de Nueva York, dependería de que se considerara que el párrafo 2 del artículo II de esa Convención establecía un requisito de forma del que podrían apartarse los Estados cuando su legislación nacional al respecto fuera más favorable (dejando así a los Estados en libertad de adoptar requisitos menos estrictos) o que la Convención de Nueva York debía interpretarse en el sentido de que establecía un requisito de forma unificado que los acuerdos de arbitraje debían respetar en virtud de dicha Convención. Los tribunales de muchos Estados habían adoptado una posición clara en cuanto a las circunstancias en que podría aplicarse el párrafo 1 del artículo VII para respetar los acuerdos de arbitraje, cuando el requisito de forma establecido en el párrafo 2 del artículo II no se hubiera cumplido por otro concepto. La ventaja de aplicar el párrafo 1 del artículo VII sería evitar la aplicación del párrafo 2 del artículo II y, como los Estados promulgarían disposiciones más favorables sobre el requisito de forma de los acuerdos de arbitraje, ello permitiría elaborar normas favorables a la validez de esos acuerdos en una variedad más amplia de situaciones. Alentar una adopción más amplia por los Estados del párrafo 2) del artículo 7 de la Ley Modelo sobre Arbitraje, como se proponía en la revisión, podría ofrecer un medio útil de lograr una mayor uniformidad en cuanto al requisito de forma. Una declaración que alentase la aplicación de la ley más favorable tendría la ventaja adicional de superar el requisito del artículo IV de la Convención de Nueva York sobre la presentación de un original del acuerdo de arbitraje o de una copia debidamente certificada. El Grupo de Trabajo había propuesto ya la supresión de ese requisito en el párrafo 2) del artículo 35 de la Ley Modelo sobre Arbitraje[21].

11. La Comisión quizá deseara también examinar la medida en que esas consideraciones relativas al párrafo 1 del artículo VII de la Convención de Nueva York podrían tener repercusiones en la labor futura con respecto a la Ley Modelo sobre Arbitraje. Se propone enmendar algunas disposiciones de esta Ley que reflejan el texto de la Convención de Nueva York, por ejemplo, el artículo 7 y el párrafo 2) del artículo 35, a fin de establecer normas más liberales, compatibles con la práctica moderna. Tal vez desee la Comisión examinar la medida en que la Ley Modelo sobre Arbitraje podría convertirse en el instrumento mediante el cual pudiera modernizarse el régimen de aplicación. Una alternativa sería fomentar las iniciativas de modernización, preparando un instrumento internacional vinculante sobre arbitraje comercial internacional, que fuera compatible con el desarrollo de los principios de la Ley Modelo sobre Arbitraje, para convertirlos en una convención, permitiendo sin embargo que los instrumentos existentes se aplicaran de forma armónica.

---

[20] *Ibid.*, párr. 88.

[21] A/CN.9/592, párrs. 76 a 80.

12. Cuando la Comisión examinó la posibilidad de preparar legislación modelo con vistas reemplazar el párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York basándose en el párrafo 1 del artículo VII de esta Convención, se sugirió elaborar (además de esa legislación modelo) directrices u otros textos no vinculantes que los tribunales pudieran utilizar como orientación de la comunidad internacional en la aplicación de la nueva Convención de Nueva York. Se dijo que ese comentario no vinculante formulado por la Comisión podría acelerar el proceso de armonización del derecho y de su interpretación[22]. Tal vez desee la Comisión proporcionar más orientación al respecto.

---

[22] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/54/17), párr. 348 y A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1, párr. 34.

K. Nota de la Secretaría sobre el proyecto de disposiciones legales relativas a las medidas cautelares y a la forma del acuerdo de arbitraje: observaciones recibidas de los Estados Miembros y de las organizaciones internacionales

(A/CN.9/609 y Add.1 a Add.6) [Original: inglés]

ÍNDICE

I. Introducción . . . . . .

II. Observaciones recibidas de los Estados Miembros y de las organizaciones internacionales . . . . . .

A. Estados Miembros . . . . . .

Guatemala . . . . . .

Italia . . . . . .

I. Introducción

1. En su 32º período de sesiones (Viena, 17 de mayo a 4 de junio de 1999), la Comisión decidió que el Grupo de Trabajo diera prioridad a los siguientes temas: el requisito de la forma escrita para el acuerdo de arbitraje enunciado en el párrafo 2) del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional ("la Ley Modelo de Arbitraje") y en el párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrajes Extranjeras de 1958 ("la Convención de Nueva York")[1], así como la ejecutoriedad de las medidas cautelares[2].

2. El Grupo de Trabajo ultimó su labor sobre el proyecto de disposiciones legales relativas a las medidas cautelares y a la forma del acuerdo de arbitraje, así como sobre el proyecto de declaración relativo a la interpretación del párrafo 2 del artículo II y del párrafo 1 del artículo VII de la Convención de Nueva York, en su 44º período de sesiones (Nueva York, 23 a 27 de enero de 2006). Por medio de una nota verbal fechada el 21 de marzo de 2006 y dirigida a los Estados y organizaciones intergubernamentales y a las organizaciones internacionales no gubernamentales invitadas a asistir a las reuniones de la Comisión y de sus grupos de trabajo en calidad de observadores, el Secretario General transmitió los textos de los proyectos de disposiciones legales sobre medidas cautelares y sobre la forma del acuerdo de arbitraje, así como el proyecto de declaración relativo a la interpretación del párrafo 2 del artículo II y el párrafo 1 del artículo VII de la Convención de Nueva York, conforme figura en los anexos del informe del Grupo de Trabajo acerca de la labor de dicho período de sesiones (A/CN.9/592). Se publicaron por separado

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/54/17), párrs. 344 a 350 y 380.

[2] *Ibid.*, párrs. 317 a 373 y 380.

unas breves notas sobre cada texto (A/CN.9/605 sobre el proyecto de disposiciones legales relativas a las medidas cautelares, A/CN.9/606 sobre el proyecto de disposiciones legales relativas a la forma del acuerdo de arbitraje, A/CN.9/607 sobre el proyecto de declaración relativa a la interpretación del párrafo 2 del artículo II y del párrafo 1 del artículo VII de la Convención de Nueva York de 1958).

3. En el presente documento figuran las primeras observaciones recibidas por la Secretaría concernientes a los proyectos de disposiciones legales sobre medidas cautelares y sobre la forma del acuerdo de arbitraje en sí, sobre el proyecto de declaración relativo a la interpretación del párrafo 2 del artículo II y del párrafo 1 del artículo VII de la Convención de Nueva York. Las observaciones que la Secretaría reciba una vez que salga el presente documento serán publicadas en forma de adiciones, conforme se vayan recibiendo.

II. Observaciones recibidas de los Estados Miembros y de las organizaciones internacionales

A. Estados Miembros

Guatemala

[Original: español]
[28 de abril de 2006]

Observaciones de Guatemala a las enmiendas de la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI

Por este medio tengo el honor de transmitirle ciertos comentarios al proyecto de disposiciones que contendrían las enmiendas de la Ley Modelo de Arbitraje (Ley Modelo) de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Se entiende que todo comentario debe ser lo más conciso posible, por lo que así se hará, sin perjuicio de que si ustedes en la Misión Permanente creen oportuno ahondar sobre algunos de los comentarios vertidos, así se haga.

En primer lugar, es necesario reconocer que el tema de medidas cautelares y órdenes preliminares es un tema que ha cobrado interés o relevancia especial como un área en lo que pudiera avanzarse en las regulaciones en materia arbitral que brinden mayor posibilidad a los árbitros o tribunales arbitrales en cuanto a sus facultades para poder decretar u ordenar este tipo de medidas u órdenes. De hecho esa ha sido una de las razones principales que en Guatemala han existido para preparar, hace aproximadamente dos años, una iniciativa de ley presentada por la Corte Suprema de Justicia que pretende asignar mayores facultades coactivas a los árbitros en cuanto a su capacidad de decretar u ordenar estas medidas.

Cabe mencionar que esta iniciativa ha sido criticada por quien prepara este informe, ya que pretende dar facultades coactivas directas a los árbitros para decretar estas medidas sin necesidad alguna de apoyo o auxilio judicial. Es decir, pretende esta iniciativa dar el "*ius imperium*" a los árbitros en medidas cautelares o medidas anticipatorias u órdenes preliminares. Al parecer, la propuesta preparada por el Grupo de Trabajo respectivo en el 44º período de sesiones

(Nueva York, 3 a 27 de enero de 2006), no solo es más razonable en este aspecto, sino más acorde al contenido integral de la Ley Modelo.

Dicho lo anterior, se pasa a hacer comentarios puntuales sobre el texto analizado.

Artículo 17, párrafo 1)

Se sugiere la siguiente redacción: "1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de cualquiera de ellas, otorgar medidas cautelares" (en donde se sustituye la palabra UNA por CUALQUIERA).

Este cambio semántico permite tener una impresión más amplia o más balanceada de esta oportunidad para cualquiera de las partes del proceso arbitral.

Artículo 17, párrafo 2)

No se sugiere cambios de redacción en sí misma sino más bien reflexionar sobre la utilización de la palabra "laudo" como el medio o vehículo que pudiera contener el otorgamiento de una medida cautelar. Aunque se entiende la razón vinculada principalmente al carácter ejecutivo de la misma ante los tribunales jurisdiccionales de un Estado, en algunas jurisdicciones puede generar confusión en cuanto a que se refiere a la resolución definitiva del proceso (laudo es el equivalente a sentencia, y generalmente las medidas cautelares, en procesos comunes o jurisdiccionales, se otorgan mediante autos o resoluciones preliminares). Quizá podría utilizarse la palabra "laudo interino" como creo se hace en otras jurisdicciones y si fuera el caso, quizá también podría agregarse una definición de este tipo de laudo en el artículo de definiciones de la Ley Modelo.

En el mismo sentido, en el párrafo 2) de este artículo 17, al referirse a todo laudo subsiguiente, si se acepta la utilización del término "laudo interino", habría que utilizar en este párrafo la palabra "laudo definitivo".

Artículo 17 *bis*

Apartado a) del párrafo 1)

En lugar de la expresión "no resarcible" se sugiere usar la expresión "no reversible" o "irreparable".

Apartado b) del párrafo 1)

Se sugiere eliminarla por completo. En nuestra jurisdicción (Guatemala) podría esta norma utilizarse como medio de impugnación o tacha a los árbitros, por adelantar de alguna manera criterio sobre las pretensiones de una de las partes. Quizá sería mejor simplemente indicar en esta o cualquier otra norma de la propuesta de reformas a la Ley Modelo, que los árbitros resuelven las medidas bajo su responsabilidad o bien crear un estándar de cuidado mayor para los árbitros en cuanto a su decisión de otorgar o no dichas medidas.

Sección 2)

En la primera línea de esta sección, en lugar de usar la expresión "a toda demanda" utilizar la expresión "a todo requerimiento". Este mismo cambio, de ser aceptable, habría que hacerlo en otras disposiciones, como en el artículo 17 *ter*, por ejemplo. Asimismo, en varios artículos de la propuesta, por ende, en lugar de hablar de un "demandante de una medida cautelar" y de un "demandante de una orden preliminar"*, se sugiere usar la expresión "solicitante" o "requirente" de una medida cautelar o una orden preliminar.

Artículo 17 *ter*

Dado que no en todas las jurisdicciones se utiliza el término "órdenes preliminares"[3] en las leyes procesales respectivas, quizá será conveniente, al igual que se hace en el caso de medidas cautelares, dar una definición o concepto de las órdenes preliminares.

Se estima oportuno conocer más a fondo la relación que existe, en su caso, entre las órdenes preliminares y las medidas cautelares, para determinar si es necesario hacer más comentarios en relación a éste y otros artículos de la propuesta.

Adicionalmente al comentario anterior, se estima necesario estudiar más a fondo la regulación relativa a reconocimiento y ejecución de medidas cautelares, pues pareciera que están pensadas principalmente en función de arbitrajes internacionales, pero se debe recordar que en algunas jurisdicciones, como es el caso de Guatemala, la Ley Modelo se adoptó como su legislación interna tanto para los arbitrajes internacionales como los nacionales. Habrá que confirmar si la regulación que se propone funciona igualmente para los arbitrajes nacionales. Finalmente, en cuanto a las disposiciones legales revisadas sobre la forma del acuerdo arbitral, no se tienen más comentarios que el siguiente.

Artículo 7, párrafo 3

Se sugiere la siguiente redacción:

"Un acuerdo de arbitraje constará por escrito si queda cualquier constancia o evidencia documental de su contenido, no importando si dicho acuerdo o el contrato del que forma parte se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio."

---

* *Nota del traductor*: la expresión "demandante de una orden preliminar" no figura en el documento A/CN.9/592.

[3] En Guatemala al menos, no se utiliza este término en leyes procesales del orden civil y mercantil. Se usan en cambio las figuras de medidas cautelares, medidas preventivas o medidas de garantía.

Italia

[Original: ingles]
[3 de mayo de 2006]

Observaciones concernientes al proyecto de disposiciones legales sobre medidas cautelares y órdenes preliminares (anexo 1)

La normativa legal vigente en Italia en materia de arbitraje no faculta a los árbitros para dictar medidas cautelares ni órdenes preliminares. El parecer de Italia a este respecto es el de que dicha potestad debe reservarse con exclusividad al foro judicial competente. No cabe prever que el ordenamiento jurídico italiano modifique su postura a este respecto en el próximo futuro. Por ello, tampoco parece probable que las nuevas reglas de la CNUDMI sobre medidas cautelares y órdenes preliminares sean aprobadas por la República italiana, ni total ni parcialmente. Este rechazo pudiera ser incluso más radical respecto de toda medida cautelar que sea dictada sin escuchar a la otra parte (*inaudita altera parte*). Tal vez proceda recordar y reiterar aquí las observaciones y propuestas presentadas en el pasado por la delegación de Italia respecto de los puntos anteriormente mencionados.

Partiendo, no obstante, de la hipótesis de que la Comisión tal vez desee conocer la perspectiva italiana sobre las reglas propuestas, la delegación de Italia presenta las observaciones siguientes.

1. El capítulo IV *bis* (desde el artículo 17 al artículo 17 *undecies*) está en su totalidad formulado en un lenguaje analítico y detallado y en un estilo que tal vez solo se preste a ser aceptado sin dificultades por los países del *common law*.

El ordenamiento jurídico italiano y el de otros países de tradición romanista tendrían menos dificultad en incorporar dichos textos si se hubieran redactado en un estilo más conciso, que se fiara más de la función supletoria tradicional que cumple el derecho procesal interno de cada país al servicio de la vía jurisdiccional sumaria a la que se recurre por motivos de urgencia.

2. Tal vez convenga aclarar (ya sea en las disposiciones legales, en un comentario oficial o en una guía para su incorporación al derecho interno) que en el capítulo IV *bis* se utiliza el término “parte” como referido únicamente a “una parte en el acuerdo de arbitraje”, pero no a un tercero que pueda verse afectado por la medida cautelar o por la orden preliminar, y que no haya consentido en quedar sometido a la jurisdicción de un tribunal arbitral.

El artículo 17 *quater* 2) es un buen ejemplo de una disposición que ganaría en certeza jurídica, de insertarse en su texto la aclaración anteriormente sugerida.

3. Dada la fuerte oposición expresada por algunas delegaciones en el Grupo de Trabajo contra la salvedad inicial, que finalmente se introdujo en el párrafo 1) del artículo 17 y en el párrafo 1) del artículo 17 *ter*, por la que se ofrece a las partes la posibilidad de excluir contractualmente las facultades enunciadas en dichos párrafos tal vez la Comisión desee reconsiderar la conveniencia de ofrecer un texto definitivo en forma de dos variantes, en la segunda de las cuales se ofrecería a las partes la posibilidad de ser ellas las que estipulen en su acuerdo dichas facultades.

Cabría, por ejemplo, complementar la salvedad inicial, que figura en el párrafo 1) de los artículos 17 y 17 *ter*, "Salvo acuerdo en contrario de las partes", con la variante "De haberlo convenido así las partes" o algún otro texto de sentido equivalente.

Observaciones concernientes al proyecto de disposiciones legales relativas a la forma del acuerdo de arbitraje (anexo II)

El anexo II ofrece una versión revisada y notablemente alargada del artículo 7 ("Definición y forma del acuerdo de arbitraje"), junto con una variante abreviada ("Definición del acuerdo de arbitraje").

La delegación de Italia prefiere la primera y más larga de las dos variantes que tiene por finalidad introducir una distinción importante, y digna de ser tenida en cuenta.

Dicho en pocas palabras, la primera variante distingue entre la certeza que debe haber de la intención de las partes de someterse a arbitraje y la certeza del régimen que será aplicable a las actuaciones arbitrales.

Mientras que en numerosos ordenamientos jurídicos internos se sigue exigiendo la forma escrita para el acuerdo de arbitraje a fin de fundamentar la primera certeza (la certeza de la intención de las partes de someterse a arbitraje), la revisión propuesta del artículo 7 (versión larga) trata de modificar radicalmente esta perspectiva dando prioridad a la segunda certeza (la certeza del régimen aplicable a las actuaciones arbitrales).

En esencia, la revisión propuesta del artículo 7 (versión larga) liberaliza la forma por la que las partes podrán consentir en recurrir al arbitraje (cabrá hacerlo incluso "verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio"), pero se sigue exigiendo el requisito de la forma escrita para dejar constancia de las reglas por las que se ha de sustanciar el arbitraje.

La disposición clave es la del párrafo 3) del artículo 7, respecto de la cual se pide que la Comisión se pronuncie sobre si se atendería mejor a la finalidad de la certeza jurídica de las reglas aplicables al arbitraje definiendo el requisito de forma del acuerdo de arbitraje en función de que dicha forma deje constancia de sus "términos" (primera variante entre corchetes) o deje constancia de su "contenido" (segunda variante entre corchetes).

La delegación de Italia prefiere sin duda alguna la noción de "contenido" a la de "términos", dado que refleja mejor la esencia prescriptiva de un acuerdo que la ley exige que sea consignado con arreglo a ciertos requisitos de forma que dejen la debida constancia de su contenido.

Ahora bien, la delegación de Italia se limita aquí a expresar su preferencia entre las dos variantes ofrecidas en el texto de ese párrafo. La Comisión tal vez desee considerar la conveniencia de que se reformule el párrafo 3) del artículo 7 en su totalidad en términos que expresen mejor su finalidad básica de prescribir ciertos requisitos de forma que salvaguarden la certeza que debe haber respecto del contenido de las reglas por las que se sustanciará el arbitraje.

Observaciones sobre el proyecto de declaración relativo a la interpretación del párrafo 2) del artículo II y del párrafo 1) del artículo IV de la Convención de Nueva York (anexo III)

La delegación de Italia desea expresar su apoyo a este proyecto de declaración.

Pese a que sea difícil prever en términos jurídicos precisos cuál será su eficacia, caso de ser aprobada, en orden a disminuir la falta de uniformidad actual en la interpretación de la Convención de Nueva York, no sería realista asumir que otra solución más ambiciosa vaya a tener más éxito a dicho respecto.

A/CN.9/609/Add.1

Proyecto de disposiciones legales sobre medidas cautelares y sobre la forma del acuerdo de arbitraje: observaciones recibidas de los Estados Miembros y de las organizaciones internacionales

ADICIÓN

ÍNDICE

II. Observaciones recibidas de los Estados Miembros y de las organizaciones internacionales . . . . . .

A. Estados Miembros . . . . . .

2. China . . . . . .

II. Observaciones recibidas de los Estados Miembros y de las organizaciones internacionales

A. Estados Miembros

2. China

[Original: chino]
[26 de abril de 2006]
Carta administrativa núm. 26 [2006]

Observaciones a los proyectos de documento del Grupo de Trabajo II de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

Los tres proyectos de texto preparados por el Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) fueron oportunamente recibidos conforme al envío efectuado por la CNUDMI. Tras haberlos examinado, China presenta las siguientes observaciones:

I. Disposiciones legales revisadas sobre medidas cautelares y órdenes preliminares

I) Observaciones generales sobre el texto en su conjunto

El proyecto actual constituye una notable ampliación del artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en lo concerniente a la potestad reconocida a un tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares. Los términos “medidas cautelares” y “órdenes preliminares” corresponden al término “medidas preservativas” o conservatorias con el que se les designa en el ordenamiento jurídico de China, en donde se subdividen en medidas preservativas de los bienes y medidas preservativas de las pruebas. La Ley del arbitraje de China dice en su artículo 28 que “… si una de las partes demanda o solicita la preservación de bienes, la comisión de arbitraje presentará al foro judicial

popular competente una solicitud de dicha parte con arreglo a lo prescrito al respecto en la Ley de procedimiento civil"; mientras que en su artículo 46 dice "… si alguna de las partes solicita que se adopten medidas para preservar dichas pruebas, la comisión de arbitraje deberá presentar esa solicitud ante el foro judicial popular de primera instancia del lugar donde las pruebas estén situadas". Es decir, el derecho interno de China no otorga al tribunal arbitral potestad alguna para otorgar medidas preservativas, lo que significa que dichos tribunales no gozan de facultad alguna para otorgar una medida cautelar o una orden preliminar. Con ello, la versión actual del nuevo proyecto contradice al derecho procesal civil y a la normativa legal del arbitraje aplicable en China a este respecto. El foro judicial competente no dispondrá en China de fundamento legal alguno para reconocer una medida cautelar o una orden preliminar dictada por un tribunal arbitral extranjero.

II) Observaciones sobre determinadas disposiciones en particular

En el marco de las observaciones generales anteriormente enunciadas, deseamos sugerir las siguientes enmiendas de algunas de las disposiciones del nuevo texto:

1. Respecto del párrafo 1) b) del artículo 17 *bis* sobre condiciones para el otorgamiento de medidas cautelares que figura en el anexo I relativo a las disposiciones legales revisadas sobre medidas cautelares y órdenes preliminares, se sugiere suprimir en su totalidad el apartado b) que dice: "Existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigo prospere, …", dado que no será nada fácil prejuzgar el éxito de dicha demanda en el momento de solicitarse una medida cautelar. Además, cuál será el órgano competente para determinar dicha probabilidad y cuáles serán los criterios en los que habrá de basarse esa determinación es un asunto que no será fácil de resolver. Esas determinaciones llevan tiempo y la urgencia de toda medida cautelar no deja margen suficiente para decidir sobre las probabilidades de éxito de una demanda sobre el fondo del litigio, dado que toda demora puede frustrar la finalidad de la medida cautelar demandada.

2. Respecto del párrafo 5) del artículo 17 *quater* sobre el régimen específico de las ordenes preliminares, se sugiere suprimir la cláusula "pero no será de por sí objeto de ejecución judicial", dado que una orden preliminar que no sea objeto de ejecución judicial carece de toda validez real.

3. Respecto de la primera línea del artículo 17 *quinquies*, relativo a la modificación, suspensión o revocación de una medida cautelar o de una orden preliminar otorgada, se sugiere insertar las palabras "caso de estar justificado", a continuación de "suspender o revocar", dado que resulta inaceptable que se presente una nueva solicitud al tribunal sin la debida justificación.

4. Respecto del párrafo 1) del artículo 17 *novies* relativo al reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares, se sugiere suprimir la frase "salvo que el tribunal disponga otra cosa", dado que no cabe que el tribunal disponga otra cosa tras haber otorgado una "medida cautelar". Dicha frase no admite lectura razonable alguna.

II. Disposiciones legales revisadas sobre la forma del acuerdo de arbitraje

I) Observaciones generales sobre el texto en conjunto

Este texto constituye una tentativa de revisar, a la luz de los avances tecnológicos, el artículo 7 de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional en lo concerniente a la definición y la forma de un acuerdo de arbitraje. La Ley aplicable al arbitraje en China exige asimismo que el acuerdo de arbitraje conste por "escrito". Gracias a los avances tecnológicos, se están diversificando cada vez más los medios por los que se intercambian comunicaciones y se conciertan contratos, lo que sin duda reclama una lectura muy flexible del requisito de "escrito", y lo que justifica que se esté revisando el artículo 7 de la Ley Modelo. Por dicho motivo, China prefiere la primera variante en la que se describen todas las lecturas que cabe dar a la noción de "escrito" y que será por ello más fácil de aplicar sin dejar de ser coherente con la lectura que se suele dar a la forma escrita de los contratos en la práctica jurídica actual en China.

II) Observaciones sobre determinadas disposiciones

1. Respecto del párrafo 3) del artículo 7, relativo a la definición y forma del acuerdo de arbitraje, que figura en el proyecto de revisión del artículo 7 1) en el anexo II relativo a las disposiciones legales revisadas sobre la forma del acuerdo de arbitraje, se sugiere sustituir en la oración inglesa el término "*recorded*" por "*established*", dado que el sentido de "*recorded*" es más restrictivo que el de "*established*".

2. Respecto de la variante 2) del artículo 7 revisado de la Ley Modelo que se propone debe decirse que procede suprimir dicha variante por su falta de idoneidad.

III. Proyecto de declaración sobre la interpretación del párrafo 2 del artículo II y del párrafo 1 del artículo VII de la Convención de Nueva York

Esta declaración tiene por finalidad expresar el deseo de que los Estados actualicen lo antes posible su interpretación de los requisitos de forma para los acuerdos de arbitraje a fin de validar las nuevas formas de escritura de la sociedad moderna. Su finalidad es la de facilitar el reconocimiento y la ejecutoriedad de los laudos mercantiles internacionales en la medida de lo posible en los diversos Estados. Dicha declaración es paralela a la revisión y actualización en curso del artículo 7 de la Ley Modelo, por lo que China estima que el texto actual de la declaración es plenamente correcto y aceptable.

IV. Coherencia del lenguaje empleado en las versiones china e inglesa

Respecto de los posibles casos de incoherencia entre el lenguaje utilizado en la versión china y en la versión inglesa, sugerimos aplazar nuestro examen hasta después de que se haya ultimado el texto inglés en alguna de las reuniones de éste o del próximo año.

A/CN.9/609/Add.2

Proyecto de disposiciones legales sobre medidas cautelares y sobre la forma del acuerdo de arbitraje: observaciones recibidas de los Estados Miembros y de las organizaciones internacionales

ADICIÓN

ÍNDICE

II. Observaciones recibidas de los Estados Miembros y de las organizaciones internacionales . . . . . .

A. Estados Miembros . . . . . .

3. Alemania. . . . . .

II. Observaciones recibidas de los Estados Miembros y de las organizaciones internacionales

A. Estados Miembros

3. Alemania

[Original: inglés]
[8 de mayo de 2006]

Alemania quisiera expresar su agradecimiento por el excelente Proyecto presentado y desea formular las siguientes observaciones:

1. Medidas cautelares, artículo 17 y siguientes

Alemania acoge con beneplácito el Proyecto de artículo 17 y siguientes ahora presentado y por lo tanto no desea realizar ninguna sugerencia acerca de posibles cambios.

2. Requisito de la forma escrita, artículo 7

Alemania es partidaria de la variante, que no hace referencia alguna a la forma de la comunicación. Se aboga por esta solución ante todo por motivos dimanantes de lo que en realidad sucede en la práctica, ya que los acuerdos de este tipo raras veces se consignan por escrito.

Además, la "función de advertencia" de la forma escrita probablemente está ya obsoleta, al haberse equiparado funcionalmente el arbitraje a la jurisdicción nacional. Como, además, la primera solución también prevé la posibilidad de consignar el acuerdo por escrito de manera retroactiva, ya no puede considerarse que la forma escrita cumpla una función de advertencia; por ello se obtiene con ambos modelos el mismo resultado. El hecho de que la forma escrita pueda utilizarse para fines de prueba tiene consecuencias prácticas únicamente para la presentación de pruebas, lo que también justifica que se omita todo requisito de

forma. No menos convincentes han sido las declaraciones de las delegaciones de países que ya autorizan la libertad de forma y que de manera unánime han relatado únicamente experiencias positivas.

3. Relación con el artículo II 2) de la Convención de Nueva York

La declaración relativa al artículo II 2) de la Convención de Nueva York merece ser acogida como una solución provisional. No obstante, debería examinarse seriamente la posibilidad de revisar la Convención de Nueva York en el futuro. Puede que ello requiera mucho trabajo, pero el resultado lo justificaría si se obtiene un mayor grado de certeza jurídica. De no enmendarse la propia Convención de Nueva York, se estarán simplemente mitigando los problemas a que lo dispuesto en dicho párrafo da lugar, en el marco de diversos instrumentos jurídicos, con remedios como la declaración propuesta, pero sin resolver el problema en sí. Por ello se debería intentar solucionar en su raíz este problema.

A/CN.9/609/Add.3

Proyecto de disposiciones legales sobre medidas cautelares y sobre la forma del acuerdo de arbitraje: observaciones recibidas de los Estados Miembros y de las organizaciones internacionales

ADICIÓN

ÍNDICE

II. Observaciones recibidas de los Estados Miembros y de las organizaciones internacionales . . . . . .

A. Estados Miembros . . . . . .

4. Bélgica . . . . . .

II. Observaciones recibidas de los Estados Miembros y de las organizaciones internacionales

A. Estados Miembros

4. Bélgica

[Original: francés]
[12 de mayo de 2006]

Las presentes observaciones se limitan al proyecto de disposiciones legales sobre la forma escrita del acuerdo de arbitraje y al proyecto de declaración sobre la interpretación de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.

1. En cuanto al proyecto de disposiciones legales sobre la forma escrita del acuerdo de arbitraje, Bélgica desea formular tres observaciones.

1.1 La primera hace referencia al hecho de que el proyecto de disposiciones legales incluye dos propuestas diferentes de revisión del artículo 7 de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional y que parece que la intención es que ambas propuestas puedan aprobarse de manera simultánea por la Comisión.

No obstante, las dos propuestas parecen irreconciliables, pues la primera pretende suavizar el requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje enunciado en el artículo 7, mientras que la segunda pretende suprimirlo.

Bélgica estima, por lo tanto, que convendría zanjar esta cuestión y piensa que es preferible optar por la primera propuesta, que pretende suavizar el requisito de la forma escrita.

En efecto, el requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje es una exigencia legítima teniendo en cuenta el impacto de este acuerdo sobre el derecho fundamental del acceso a los tribunales. Si bien está justificado suavizar este requisito a fin de adaptarlo a las necesidades del comercio internacional, Bélgica considera que sería excesivo suprimirlo por completo.

1.2 La segunda observación concierne al contenido de la primera de las dos propuestas presentadas para la revisión del artículo 7 de la Ley Modelo, y en concreto al texto actual de su párrafo 3).

Bélgica estima que no debe interpretarse esta disposición como dando a entender que un documento escrito, para que no provenga de las partes, como pudiera ser un ejemplar del reglamento de un órgano de arbitraje, pueda ser considerado como un acuerdo de arbitraje en forma escrita.

Por el contrario, el párrafo 3) del artículo 7 debería interpretarse en el sentido de que, por una parte, se exigirá en todo caso la presentación de un escrito emanado de una, al menos, de las partes, como pudiera ser una propuesta escrita, incluso en forma simplificada, para concluir un acuerdo de arbitraje, pero que, por otra parte, no se exigirá que se haya dejado constancia de la conclusión del proceso de negociación de dicho acuerdo en forma de un contrato "con toda la formalidad del caso", siempre que pueda aportarse la prueba de la conclusión del acuerdo en base al documento escrito existente.

Convendría precisar dicho punto en un comentario explicativo.

1.3 Para completar la observación precedente, Bélgica desea precisar que no está a favor de la modificación propuesta al párrafo 2) del artículo 35 de la Ley Modelo, que pretende suprimir la exigencia de que la parte que demande la ejecución de un laudo deberá presentar el original del acuerdo de arbitraje.

Esta modificación crearía una discrepancia entre la Ley Modelo y la Convención de Nueva York que no parece aconsejable.

2. En cuanto al proyecto de declaración sobre la interpretación de la Convención de Nueva York, cabe considerar que esta declaración interpretativa tiene por objeto articular las modificaciones propuestas para el artículo 7 de la Ley Modelo con lo dispuesto en la Convención de Nueva York.

Bélgica considera, por lo tanto, que si la revisión del artículo 7 de la Ley Modelo pretende flexibilizar el requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje impuesto por este artículo (véase el punto 1.1 *supra*), la declaración interpretativa debería tener como fin recomendar que se tenga en cuenta dicha flexibilización al interpretarse ese mismo requisito de la forma escrita enunciada en el artículo II de la Convención de Nueva York.

Bélgica duda, por ello, que sea oportuno hacer remisión en la declaración al artículo VII de la Convención de Nueva York, dado que el recurso a este artículo en el presente contexto presupone ignorar el artículo II de esa misma Convención.

A/CN.9/609/Add.4

Proyecto de disposiciones legales sobre medidas cautelares y sobre la forma del acuerdo de arbitraje: observaciones recibidas de los Estados Miembros y de las organizaciones internacionales

ADICIÓN

ÍNDICE

II. Observaciones recibidas de los Estados Miembros y de las organizaciones internacionales . . . . . .

A. Estados Miembros . . . . . .

5. Reino Unido . . . . . .

II. Observaciones recibidas de los Estados Miembros y de las organizaciones internacionales

A. Estados Miembros

5. Reino Unido

[Original: inglés]
[18 de mayo de 2006]

Observaciones del Reino Unido sobre el artículo 17 de la Ley Modelo y la labor futura de la CNUDMI

A raíz de la última reunión del Grupo de Trabajo en Nueva York, el Reino Unido quedó en enviar sus observaciones concernientes al reciente proyecto de la CNUDMI sobre medidas cautelares, y en particular, sobre las denominadas "órdenes preliminares".

Como se apuntó en la reunión, el Reino Unido abriga ciertas reservas acerca de cómo se está ultimando este proyecto.

Por una parte, el Reino Unido se siente satisfecho de que el Grupo de Trabajo haya finalmente llegado a un acuerdo sobre un proyecto de texto que podrá presentarse a la Comisión el próximo mes, dejando por fin la vía libre para nuevos proyectos. Cabe felicitar en particular al Presidente del Grupo y a la Secretaría por su infatigable labor y por su destreza negociadora y semántica en la preparación de un texto final tras numerosas y arduas sesiones de trabajo.

Ahora bien esa misma dificultad de este largo proceso es lo que da lugar a serias preocupaciones, dejando ahora completamente de lado las reservas del Reino Unido acerca del contenido de la nueva normativa (de las cuales se ha dejado constancia y que no hace falta repetir).

Desde todo punto de vista, el texto del Grupo de Trabajo concerniente a las "órdenes preliminares" ha suscitado una enorme controversia tanto en el seno de la CNUDMI como (y esto tal vez sea más preocupante) fuera de ella. Sin esperar a que sea examinada por la Comisión, cabe ya decir que la nueva normativa suscitará numerosas críticas en el ámbito internacional. Es cierto que tendrá también sus defensores, pero lo que preocupa al Reino Unido es que la CNUDMI se encuentre en esta controvertida situación. No se recuerda ningún proyecto anterior (si se exceptúa la propia Ley Modelo) que haya tenido una gestación tan difícil o que haya requerido tantos recursos para lo que, en lo referente a las "órdenes preliminares", cabe considerar como un resultado más bien modesto.

Desde el principio de este proyecto, se puso de manifiesto la falta de consenso internacional acerca de las medidas dictadas sin escuchar a la otra parte (denominadas *ex parte* o con mayor propiedad *inaudita altera parte*). Al contrario, había y sigue habiendo un profundo desacuerdo entre los expertos. El resultado fue previsible: largos debates, sesiones difíciles del Grupo de Trabajo y un texto final que adolece de las flaquezas inherentes a todo compromiso al que se ha llegado tras una ardua lucha.

Como ya se ha dicho, el Reino Unido teme que este resultado reste prestigio internacional a la CNUDMI y merme su influencia en el futuro. La CNUDMI goza de una reputación única en el mundo por su labor al servicio del desarrollo del derecho mercantil. El Reino Unido estima que un factor clave de su éxito ha sido su aceptación como órgano imparcial y de probada pericia, capaz de dar forma y voz a un consenso internacional y por tanto de ejercer una influencia significativa en culturas y tradiciones jurídicas muy diversas. Ha sido y debe seguir siendo una fuente de innovación, pero sin salirse de ciertos límites. Si se llegara a percibir su labor como controvertida, o como un vehículo al servicio de los intereses de unas pocas delegaciones dominantes, cabe que pierda su prestigio. De igual modo, si sus procesos se ven como ineficaces, costosos y lentos, puede que resulte mucho más difícil atraer y mantener la participación internacional.

Tal vez sea particularmente lamentable que se haya permitido, en este caso, que el elemento *ex parte* de nuestro texto, relativamente secundario, eclipse el resto del proyecto y lo que ciertamente es un texto digno de elogio sobre las medidas *inter partes*.

El Reino Unido sugiere que esta experiencia se tenga en cuenta a la hora de estructurar la labor de la CNUDMI en el futuro. En particular, el Reino Unido tiene la esperanza de que la CNUDMI continúe innovando y sacando el máximo partido al consenso internacional. Pero para ello hará falta que la CNUDMI rehúya los "puntos problemáticos", la división interna y el uso desproporcionado de recursos siempre que pueda evitarse.

El Reino Unido apoya plenamente la labor de la CNUDMI y seguirá apoyándola. Asimismo, espera que estas pocas observaciones se entiendan como lo que son, comentarios constructivos, y desea colaborar estrechamente con la CNUDMI en su labor futura en este ámbito.

A/CN.9/609/Add.5

Proyecto de disposiciones legales sobre medidas cautelares y sobre la forma del acuerdo de arbitraje: observaciones recibidas de los Estados Miembros y de las organizaciones internacionales

ADICIÓN

ÍNDICE

II. Observaciones recibidas de los Estados Miembros y de las organizaciones internacionales . . . . . .

A. Estados Miembros . . . . . .

6. Francia . . . . . .

II. Observaciones recibidas de los Estados Miembros y de las organizaciones internacionales

A. Estados Miembros

6. Francia

[Original: francés]
[29 de mayo de 2006]

Observaciones generales

1. La delegación de Francia lamenta señalar que el modo de funcionamiento del Grupo de Trabajo no satisfizo todas sus expectativas. Le pareció que muchas veces no se hizo todo lo posible por lograr soluciones verdaderamente consensuadas. Por desgracia, el Grupo no tuvo en cuenta las reservas, mayoritarias en el período de sesiones anterior, que se expresaron respecto de las "órdenes preliminares", y prefirió no modificar en nada las disposiciones elaboradas sobre esta cuestión. Del mismo modo, aprobó una disposición en materia de "interdictos contra la apertura de otras actuaciones", pese a las reservas expresadas por numerosas delegaciones. Los informes del Grupo de Trabajo se expresan a menudo sobre este punto en términos elípticos, sin poner suficientemente de relieve todas las dificultades soslayadas para llegar a la fórmula conciliatoria finalmente presentada.

2. En cuanto al fondo de la cuestión, la delegación de Francia hace un balance matizado de la labor del Grupo, en la que sin embargo participó activa y constructivamente. Aunque sea de agradecer que se hayan definido las medidas cautelares que puede ordenar un árbitro internacional, numerosas disposiciones están redactadas en un lenguaje ampuloso -resulta elocuente al respecto su comparación con el texto de la Ley Modelo-, y algunas de ellas son cuestionables desde la perspectiva de la práctica del arbitraje.

3. A juicio de Francia, todo ello atenta contra la calidad y el alcance universal que se desea dar a las nuevas disposiciones legales modelo. En un coloquio organizado en febrero pasado en el Senado de París sobre el actual proyecto de la CNUDMI quedó demostrado que para buena parte de la doctrina francesa y de los profesionales del arbitraje, las disposiciones modelo suscitaban numerosas y profundas reservas que, en su conjunto, son del mismo tenor que las formuladas por la delegación de Francia durante el desarrollo de los trabajos.

Medidas cautelares

Proyecto de apartado b) del párrafo 2) del artículo 17: interdictos contra la apertura de actuaciones judiciales

4. La delegación de Francia se opone a la inclusión de las denominadas "medidas contra la apertura de actuaciones judiciales" en la misma categoría que las medidas cautelares normales, ya que no se trata propiamente de medidas cautelares. Además, dichas medidas son ajenas a la tradición del derecho continental. Los interdictos contra la apertura de actuaciones judiciales son en sí cuestionables, porque significan privar a una de las partes de las vías de recurso a que puede acogerse normalmente. Es por eso por lo que, en fin de cuentas, este enfoque resulta controvertido en la Unión Europea[1].

5. La delegación de Francia desea que se suprima esta disposición, que se introdujo en las disposiciones revisadas sin un debate en profundidad sobre las consecuencias que podría tener para la economía del conjunto de las disposiciones (véase *supra*, párr. 1).

Proyecto de artículo 17 ter*: órdenes preliminares*

6. Un grupo considerable de países compartió las objeciones principales de la delegación de Francia respecto de estas medidas, estimando que eran contrarias a la autonomía de las partes, que constituye el fundamento del arbitraje comercial internacional. Además, la unilateralidad de origen de estas medidas las hace contrarias al principio del trato equitativo de las partes. Por ello, y habida cuenta de que en el período de sesiones anterior esta sugerencia fue apoyada por numerosas delegaciones, la delegación de Francia vuelve a proponer que estas medidas solo se permitan a condición de que hayan sido admitidas con antelación por las partes en el acuerdo de arbitraje. Esta regla de la aceptación explícita no eliminaría en modo alguno la posibilidad de recurrir a estas medidas, porque cabría incorporar dicha regla a una convención modelo sobre el arbitraje a la que pudieran remitirse las partes para resolver sus controversias. Se trata, pues, de una verdadera fórmula de transacción, que podría hacer aceptable la incorporación al régimen del arbitraje de las denominadas, en la práctica del *common law*, medidas *ex parte* (pero con mayor propiedad "medidas *inaudita altera* parte" u otorgadas sin escuchar a la otra parte) que se hayan emitido en forma de órdenes preliminares.

---

[1] Al respecto, véase la sentencia del TJCE de 27 de abril de 2004, adjunto C-159/02, Turner, según la cual "el Convenio (de Bruselas) ... se opone a que se dicte una orden conminatoria mediante la cual un órgano jurisdiccional de un Estado contratante prohíba a una parte en el procedimiento en curso ante él iniciar o proseguir un procedimiento judicial ante un órgano jurisdiccional de otro Estado contratante ...".

Proyecto de artículo 17 quater*, párrafo 4: no ejecutoriedad de las órdenes preliminares*

7. De manera algo incongruente, habida cuenta del interés que muestra el Grupo de Trabajo por esta ampliación innovadora de la potestad del árbitro, se precisó que "una orden preliminar será vinculante para las partes, pero no será de por sí objeto de ejecución judicial". Se priva así a estas medidas de toda posible eficacia, dado que toda persona jurídica, en particular una entidad bancaria, a la que se habría de dirigir el árbitro para darle curso no podría cumplirla sin un auto ejecutorio del foro judicial. Por ello, sería conveniente suprimir esta frase pero manteniendo la segunda oración del párrafo 4, en la cual se indica que una orden preliminar no constituye un laudo.

Proyecto de artículo 17 decies*: motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución de medidas cautelares*

8. La delegación de Francia no puede sino recordar su postura al respecto. El texto propuesto, que combina reglas inspiradas en la Convención de Nueva York concerniente al laudo o sentencia arbitral con otras más adaptadas a las exigencias propias de las medidas cautelares, constituye un juego de condiciones dobles excesivas y desproporcionadas[2].

Forma escrita del acuerdo de arbitraje

9. La delegación de Francia está de acuerdo con el contenido de los proyectos de disposición elaborados por el Grupo de Trabajo. Sin embargo, propone que su texto sea más conciso. El proyecto de artículo 7 revisado, en particular, contiene un párrafo 4) relativo a las comunicaciones electrónicas que cabría suprimir o simplificar, porque se trata en verdad de una definición y no de una norma de valor prescriptivo. Cabría hacer simplemente remisión a los documentos de la CNUDMI relativos al comercio electrónico.

---

[2] Cabe recordar que la delegación de Francia había propuesto un texto más conciso que figura a continuación:

1) Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral se reconocerá como vinculante para las partes y [, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa,] será ejecutada, a instancia de la parte que la haya obtenido [o del tribunal arbitral] por el foro judicial competente, cualquiera que sea el país en donde haya sido ordenada.

2) El foro competente solo podrá denegar el reconocimiento [y] [o] la ejecución de una medida cautelar cuando:

a) Al actuar a instancia de la parte afectada por la medida, el foro constate que:
- No se ha dado la notificación debida a dicha parte del nombramiento de un árbitro o de la apertura de un procedimiento arbitral;
- No se ha dado a la parte afectada por la medida la oportunidad de hacer valer sus argumentos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 17;
- El tribunal arbitral no estaba facultado para ordenar la medida cautelar.

b) El foro judicial concluya que:
- La medida cautelar es incompatible con las facultades que la ley le confiere, a menos que reformule la medida cautelar para adaptarla a sus facultades a dicho respecto;
- El reconocimiento o la ejecución de la medida cautelar serían actos contrarios al orden público del foro.

10. De manera sorprendente, también se propuso como variante opcional de dicho artículo el abandono del requisito de la forma escrita. La delegación de Francia no desea que esta variante figure en el texto revisado de las disposiciones. Ello debilitaría notablemente las disposiciones aprobadas por el Grupo de Trabajo y las alejaría de la meta propuesta de que reflejen con la mayor precisión posible el estado actual del régimen del arbitraje a este respecto. A título general, debe limitarse en lo posible el empleo de variantes, ya que la finalidad del texto es orientar a los Estados para que encuentren la solución que se estime más adecuada. Pero lo principal es que no se olvide que la propuesta de abandonar totalmente el requisito de la forma escrita no obtuvo la aprobación del Grupo de Trabajo.

A/CN.9/609/Add.6

Proyecto de disposiciones legales sobre las medidas cautelares y la forma del acuerdo de arbitraje: observaciones recibidas de los Estados Miembros y de organizaciones internacionales

ADICIÓN

ÍNDICE

II. Observaciones recibidas de los Estados Miembros y de las organizaciones internacionales . . . . . .

A. Estados Miembros . . . . . .

Austria . . . . . .

II. Observaciones recibidas de los Estados Miembros y de las organizaciones internacionales

A. Estados Miembros

Austria

[Original: inglés]
[6 de abril de 2006]

Observaciones sobre el proyecto de disposiciones legales relativas a las medidas cautelares y al requisito de forma de los acuerdos de arbitraje

El Ministerio de Justicia de Austria expresa su agradecimiento a la CNUDMI por haberle dado la oportunidad de presentar sus observaciones sobre el proyecto de texto que tan meritoriamente elaboró la Secretaría tomando en consideración los debates mantenidos por el Grupo de Trabajo II en su 44º período de sesiones celebrado en Nueva York. Tal como pidió el Secretario General, nuestras observaciones se ajustarán estrictamente al tema y serán muy concisas.

En general, Austria puede hacer suyo el proyecto de texto en su forma actual y aprovecha la oportunidad para felicitar a la secretaría por la excelente labor que ha llevado a cabo en relación con este tema entre los períodos de sesiones del Grupo de Trabajo y en el transcurso de los mismos.

No obstante, Austria no está satisfecha con dos elementos del proyecto de texto.

En primer lugar, Austria desearía reiterar su posición de que no es conveniente ni apropiado conferir a los tribunales arbitrales la facultad para otorgar órdenes preliminares a instancia de parte. Debería darse siempre a la parte contra la que se invocara una medida cautelar la posibilidad de exponer sus argumentos antes de que se emitiera tal medida.

Por consiguiente, Austria mantiene su posición crítica sobre el proyecto de artículo 17 *ter* de la Ley Modelo, aun teniendo en cuenta las precauciones concretas enunciadas en el artículo 17 *quater*, en particular en el párrafo 5 de dicho artículo. La solución de no adherirse al artículo 17 *ter* 1) no parece suficiente para proteger los derechos de las partes. Como regla general, las partes en un acuerdo de arbitraje tal vez no sean conscientes del riesgo de tener que afrontar posteriormente una orden preliminar dirigida contra ellas y, por consiguiente, tal vez no estén preparadas para autoexcluirse mediante una cláusula respectiva en su acuerdo de arbitraje.

En segundo lugar, como Austria ya señaló durante las sesiones del Grupo de Trabajo, su delegación se declara sumamente escéptica en lo que respecta al riesgo que puede plantear el requisito en forma enunciado en el artículo 7 de la Ley Modelo y, por consiguiente, se opone firmemente a la idea de que un acuerdo de arbitraje pueda celebrarse válidamente de forma verbal o incluso en virtud de la mera conducta de las partes que intervengan. Austria propone que se retenga el actual enunciado del artículo 7 de la Ley Modelo, dado que ninguna de las dos variantes de un artículo 7 revisado satisface nuestras expectativas y porque, a nuestro juicio, no urge abandonar los requisitos actualmente especificados en el artículo 7 en su forma actual.

L. Nota de la Secretaría sobre solución de controversias comerciales: posible labor futura en materia de solución de controversias comerciales

(A/CN.9/610 y Add.1) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
	Introducción	1-5
I.	Lista de temas de posible inclusión en la labor futura propuestos desde un principio	6-10
	1. Lista de temas examinados por la Comisión	6
	2. Otros temas propuestos	7
	3. Temas propuestos por expertos en arbitraje	8-9
	4. Conclusión de la Comisión	10
II.	Temas de posible inclusión en la labor futura propuestos últimamente	11-19
	1. Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI	12
	2. Controversias dirimibles o no por arbitraje	13
	3. Solución de controversias en línea o por vía informática	14
	4. Inmunidad soberana	15
	5. Otros temas	16-19

Introducción

1. En su 31° período de sesiones (Nueva York, 1 a 12 de junio de 1998), la Comisión consideró, a raíz de las deliberaciones mantenidas durante la jornada conmemorativa especial denominada Día de la Convención de Nueva York, celebrada en el mes de junio de 1998 con ocasión del cuadragésimo aniversario de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) ("la Convención de Nueva York"), que sería útil iniciar un examen de la posible labor futura en materia de arbitraje. La Comisión pidió a la Secretaría que preparara una nota que sirviera de base para sus deliberaciones en su siguiente período de sesiones[1].

2. En su 32° período de sesiones (Viena, 17 de mayo a 4 de junio de 1999), la Comisión tuvo a su disposición una nota titulada "Posible labor futura en materia de arbitraje comercial internacional" (documento A/CN.9/460). Acogiendo favorablemente la oportunidad de examinar si era conveniente y factible impulsar el desarrollo del derecho aplicable al arbitraje comercial internacional, la Comisión consideró en

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/53/17), párr. 235.

general que había llegado el momento de que se evaluara la amplia y positiva experiencia que habían adquirido los países en la incorporación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985) a su derecho interno (en adelante, la Ley Modelo sobre el Arbitraje), así como en la aplicación del Reglamento de Arbitraje y del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, y de proceder a determinar, en el foro universal constituido por la Comisión, si las ideas y propuestas presentadas eran aptas para mejorar la legislación, los reglamentos y las prácticas aplicables en materia de arbitraje[2].

3. Tras concluir las deliberaciones sobre su labor futura en materia de arbitraje comercial internacional, la Comisión encomendó la labor a uno de sus grupos de trabajo, al que denominó Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación), y decidió que los temas prioritarios de éste serían la conciliación[3], el requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje enunciado en el párrafo 2) del artículo 7 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje y en el párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York ("el requisito de la forma escrita")[4], la ejecutabilidad de las medidas cautelares[5] y la posibilidad de ejecutar un laudo que haya sido anulado en el Estado de origen[6].

4. El Grupo de Trabajo concluyó su labor sobre la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional en su 35º período de sesiones, celebrado en 2001, y ultimó el examen de las cuestiones relativas a las medidas cautelares y al requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje en su 44º período de sesiones, celebrado en 2006.

5. Con objeto de facilitar las deliberaciones de la Comisión sobre los temas que el Grupo de Trabajo ha de examinar con carácter prioritario, en la presente nota figura una lista de temas que se analizaron en períodos de sesiones anteriores de la Comisión y las sugerencias formuladas al respecto en el Grupo de Trabajo.

I. Lista de temas de posible inclusión en la labor futura propuestos desde un principio

1. Lista de temas examinados por la Comisión

6. En su 32° período de sesiones (Viena, 17 de mayo a 4 de junio de 1999), la Comisión examinó los temas que podrían formar parte de su labor futura[7]. A continuación figura la lista correspondiente, sin incluir la conciliación y el requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito.

a) Posibilidad de someter a arbitraje[8]: se señaló que el hecho de que no se supiera con certeza si el objeto de ciertas controversias puede dirimirse por arbitraje ha causado problemas en el ámbito del arbitraje comercial internacional. En la

---

[2] *Ibid.*, *quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/54/17), párr. 337.
[3] *Ibid.*, párrs. 340 a 343 y párr. 380.
[4] *Ibid.*, párrs. 344 a 350 y párr. 380.
[5] *Ibid.*, párrs. 371 a 373 y párr. 380.
[6] *Ibid.*, párrs. 374 a 376 y párr. 380.
[7] *Ibid.*, párrs. 340 a 380; A/CN.9/WG.II/WP.108, párr. 6; A/CN.9/468, párr. 107.
[8] A/CN.9/460, párrs. 32 a 34 y *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/54/17), párrs. 351 a 353.

medida en que esa cuestión haya de examinarse, no conviene esforzarse por enunciar reglas uniformes, sino fomentar la búsqueda de soluciones transparentes. La labor podría centrarse, por ejemplo, en formular una disposición uniforme que tratara de tres o cuatro cuestiones que no se consideraban en general susceptibles de arbitraje y en pedir a los Estados que especificaran toda otra cuestión que a su juicio tampoco lo fueran. A ese respecto se dijo que las listas de los Estados podrían ser rígidas y, por ende, tener efectos contraproducentes. Se sostuvo que el tema de si un tipo de controversia era dirimible o no por arbitraje evolucionaba sin cesar (en parte por obra de la jurisprudencia) y que algunos Estados tal vez no quisieran interferir en esa evolución (véase el párrafo 13 *infra*).

b) Inmunidad soberana[9]: las opiniones fueron favorables a que la Secretaría iniciara una labor preparatoria de este tema, dada su gran importancia práctica, en particular, porque causaba inseguridad jurídica y podía ser motivo de demoras en varios Estados (véase el párrafo 15 *infra*).

c) Acumulación de procedimientos arbitrales[10]: se señaló que el recurso de reunir varios procedimientos arbitrales en uno solo no era nuevo y revestía importancia en la práctica arbitral internacional, en particular cuando se celebraran varios contratos relacionados entre sí o una sucesión de contratos. Se sugirió asimismo que podría ser útil que la Comisión enunciara directrices encaminadas a asesorar a las partes en la redacción de acuerdos de arbitraje que previeran la acumulación de procedimientos.

d) Confidencialidad de la información en los procedimientos arbitrales[11]: se explicó que las partes en procedimientos arbitrales se inquietaban cada vez más por la inexistencia de normas que regularan la cuestión de la confidencialidad.

e) Establecimiento de reclamaciones a efectos de compensación[12]: ante la afirmación de que se aprobaba en general que un tribunal arbitral solo entendiera en una reclamación si el acuerdo de arbitraje contenía disposiciones al respecto, se decidió que tal vez no fuera productivo ocuparse del tema.

f) Decisiones tomadas por tribunales de arbitraje incompletos[13]: se opinó que sería desaconsejable tratar de regular este tema habida cuenta de que planteaba cuestiones delicadas, repercutía en el ámbito del reconocimiento y ejecución de un laudo dictado por un tribunal de arbitraje incompleto y que sería difícil elaborar disposiciones satisfactorias.

g) Responsabilidad de los árbitros[14]: se dijo que, como muchos países carecían de legislación en la materia, sería útil que la Comisión preparara soluciones modelo al respecto. Otra opinión fue que, ante la disparidad de criterios utilizados en los ordenamientos jurídicos, no convenía que la Comisión se ocupara del tema, puesto que sería muy poco probable llegar a coincidir en una solución viable.

---

[9] *Ibid.*, párrs. 35 a 50 e *ibid.*, párrs. 354 y 355.
[10] *Ibid.*, párrs. 51 a 61 e *ibid.*, párrs. 356 y 357.
[11] *Ibid.*, párrs. 62 a 71 e *ibid.*, párrs. 358 y 359.
[12] *Ibid.*, párrs. 72 a 79 e *ibid.*, párrs. 360 y 361.
[13] *Ibid.*, párrs. 80 a 91 e *ibid.*, párrs. 362 y 363.
[14] *Ibid.*, párrs. 92 a 100 e *ibid.*, párrs. 364 a 366.

h) Facultad del tribunal arbitral para otorgar indemnización de daños y perjuicios en forma de intereses[15]: se observó que la facultad del tribunal arbitral para otorgar indemnización de daños y perjuicios en forma de intereses era una cuestión de gran importancia práctica que se planteaba con frecuencia y en la que solían entrar en juego grandes sumas de dinero. Se estimó que el arbitraje se vería facilitado si la Comisión ofreciera orientación y formulara disposiciones modelo en la materia.

i) Costas en procedimientos de arbitraje[16]: las opiniones coincidieron en que no era urgente tratar los diversos aspectos relacionados con las costas en un procedimiento de arbitraje.

j) Posibilidad de ejecutar un laudo que ha sido anulado en el Estado de origen[17]: se expresó la opinión de que el tema no iba a plantear muchos problemas y que los casos de jurisprudencia en relación con esa cuestión no debían considerarse precedentes[18]. No obstante, se consideró que ese tema abarcaba una amplia gama de cuestiones, como la de la facultad discrecional para ejecutar un laudo aun cuando existiera un motivo de denegación (como un defecto leve de procedimiento o un defecto que no repercutiera en el resultado del arbitraje).

2. Otros temas propuestos

7. En el 32° período de sesiones (Viena, 17 de mayo a 4 de junio de 1999) de la Comisión se mencionaron como posibles temas dignos de examen en algún momento futuro los que se enumeran a continuación[19]:

a) Lagunas que las partes hubieran dejado en sus contratos y regulación supletoria por un tercero o por un tribunal arbitral de las cuestiones no resueltas por las partes, en base a una autorización de las mismas.

b) Modificación de las circunstancias una vez celebrado el contrato y posibilidad de que las partes encomendaran a un tercero o a un tribunal arbitral la tarea de adaptar el contrato a las nuevas circunstancias.

c) Autonomía de las partes para hacerse representar en un procedimiento arbitral por personas que ellas hubieran designado y límites eventuales de esa autonomía basados, por ejemplo, en la nacionalidad o en la pertenencia a una asociación profesional.

d) Cuestiones relativas a la interpretación de disposiciones de rango legal como las del párrafo 3 del artículo II de la Convención de Nueva York (o el párrafo 1) del artículo 8 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje), que en la práctica llevaban a soluciones divergentes, en particular en lo relativo al mandato del tribunal i) para decidir si debía remitir a las partes a arbitraje, ii) para considerar si el acuerdo de arbitraje era nulo, ineficaz o de ejecución imposible, y iii) en el

---

[15] *Ibid.*, párrs. 101 a 106 e *ibid.*, párrs. 367 a 369.
[16] *Ibid.*, párrs. 107 a 114 e *ibid.*, párr. 370.
[17] *Ibid.*, párrs. 128 a 144 e *ibid.*, párrs. 374 a 376.
[18] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/55/17), párr. 396.
[19] *Ibid.*, *quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/54/17), párr. 339; A/CN.9/468, párr. 108.

supuesto de que el demandado invocara la circunstancia de que un procedimiento de arbitraje estaba pendiente o de que se había emitido ya al respecto un laudo arbitral.

e) Cuestiones relativas a casos en los que se presentara la sentencia de un tribunal extranjero con la solicitud de su reconocimiento o ejecución, pero contra la que el demandado invocara a título de excepción oponible i) la existencia de un acuerdo de arbitraje, o ii) la apertura de un procedimiento aún pendiente, o iii) el hecho de que se hubiera dictado un laudo arbitral previo sobre el mismo asunto. Esos supuestos no eran a menudo abordados en los tratados relativos al reconocimiento y la ejecución de sentencias judiciales extranjeras. Las dificultades surgían en particular cuando un tratado, destinado a facilitar el reconocimiento y la ejecución de sentencias judiciales, no permitía que se denegara el reconocimiento o la ejecución de esas sentencias por motivo de que la controversia objeto de la sentencia estuviera al amparo de un acuerdo de arbitraje, o estuviera siendo considerada en un proceso arbitral en curso o hubiera sido ya objeto de un laudo arbitral.

3. Temas propuestos por expertos en arbitraje

8. Se sacaron a colación varios temas relativos a la Convención de Nueva York, que expertos en arbitraje habían propuesto durante la jornada conmemorativa especial denominada Día de la Convención de Nueva York, celebrada en el mes de junio de 1998 con ocasión del cuadragésimo aniversario de la Convención de Nueva York, con miras a su eventual examen por el Grupo de Trabajo en su 32° período de sesiones (Viena, 20 a 31 de marzo de 2000)[20]. Entre ellos figuraban los enumerados a continuación:

a) El significado y el efecto de un laudo no nacional, es decir, un laudo no considerado nacional en el Estado en el que se pretendía obtener su reconocimiento y ejecución (artículo I, párrafo 1, segunda frase).

b) La aclaración de lo que constituía un laudo arbitral en el sentido de la Convención, es decir, si abarcaba, por ejemplo, los laudos sobre condiciones convenidas, los "laudos basados en tratados", los laudos de carácter no nacional, las decisiones afines a los laudos adoptadas en procedimientos similares al arbitraje, como el *arbitrato irrituale*.

c) La determinación del derecho aplicable a la posibilidad de someter a arbitraje en virtud del párrafo 1 del artículo II.

d) El ámbito de aplicación del párrafo 3 del artículo II acerca de la ejecución del acuerdo de arbitraje.

e) La ley aplicable a los acuerdos que pudieran ser "nulos y sin efecto, ineficaces o de imposible ejecución" en virtud del párrafo 3 del artículo II.

f) La compatibilidad de las medidas cautelares dictadas por tribunales con los acuerdos de arbitraje regulados por la Convención.

g) Las condiciones y los procedimientos de ejecución que se mencionaban en el artículo III, cuando la legislación de ejecución propusiera soluciones divergentes.

---

[20] A/CN.9/468, párr. 109.

h) El período de prescripción para la ejecución de un laudo regulado por la Convención, también cuando las legislaciones de ejecución previeran distintos plazos.

i) La facultad discrecional residual para autorizar la ejecución de un laudo a pesar de que se diera alguno de los motivos de denegación previstos en el artículo V.

j) El significado y efecto de la suspensión de un laudo arbitral en el país de origen (apartado e) del párrafo 1 del artículo V).

k) El significado y efecto de la disposición sobre el derecho más favorable, enunciada en el párrafo 1 del artículo VII.

9. Recordando las deliberaciones sobre la expansión del comercio electrónico y la cuestión de si los mensajes electrónicos cumplían los requisitos formales para los acuerdos de arbitraje, la Comisión tomó nota de las sugerencias formuladas en el sentido de que sería útil estudiar de nuevo la incidencia de los arbitrajes informáticos, es decir, los arbitrajes en los que una gran parte o incluso la totalidad de los procedimientos arbitrales se llevaban a cabo por medios electrónicos de comunicación. Se convino asimismo que el Grupo de Trabajo sobre el Arbitraje cooperara al respecto con el Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico (véase el párrafo 14 *infra*)[21].

4. Conclusión de la Comisión

10. Cuando la Comisión examinó la labor futura en su 32° período de sesiones (Viena, 17 de mayo a 4 de junio de 1999), no se pronunció acerca de la forma en que la llevaría a cabo. Se convino en que las decisiones relativas a la forma se adoptarían más adelante, cuando ya se tuviera una idea más clara del contenido de las soluciones propuestas. La elaboración de un nuevo régimen uniforme podría, por ejemplo, adoptar la forma de un texto de rango legal (como disposiciones legales modelo o un tratado) o de un texto de rango no legal (como un reglamento contractual modelo o una guía práctica)[22]. En su 33° período de sesiones (Nueva York, 12 de junio a 7 de Julio de 2000), la Comisión reafirmó el mandato del Grupo de Trabajo para decidir en qué momento y de qué manera debía abordar esos temas. Se hicieron varias declaraciones en el sentido de que, en general, el Grupo de Trabajo, al decidir las prioridades de los temas de su programa para una labor futura, debía prestar especial atención a lo que resultara viable y práctico y a las cuestiones en que las decisiones de los tribunales dejaran una situación jurídica incierta o insatisfactoria. Los temas que se mencionaron en la Comisión como posiblemente merecedores de examen, además de los que el Grupo de Trabajo pudiera considerar como tales, fueron el significado y efecto de la disposición sobre el derecho más favorable enunciada en el párrafo 1 del artículo VII de la Convención de Nueva York de 1958; la presentación de reclamaciones en los procesos de arbitraje a efectos de compensación y la jurisdicción del tribunal de arbitraje con respecto a estas reclamaciones; la autonomía de las partes para hacerse

---

[21] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/55/17), párr. 396; A/CN.9/468, párr. 113.

[22] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/54/17), párr. 338.

representar en un procedimiento arbitral por personas de su elección; la facultad discrecional residual para autorizar la ejecución de un laudo a pesar de que se dieran algunos de los motivos de denegación previstos en el artículo V de la Convención de Nueva York de 1958; y la facultad del tribunal arbitral para otorgar indemnización de daños y perjuicios en forma de intereses[23].

II. Temas de posible inclusión en la labor futura propuestos últimamente

11. Los temas que se enumeran a continuación fueron mencionados por la Comisión o por el Grupo de Trabajo como temas del que éste podría ocuparse con carácter prioritario en el futuro.

1. Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI

12. En los períodos de sesiones de la Comisión 36º (Viena, 30 de junio a 11 de julio de 2003), 37º (Nueva York, 14 a 25 de junio de 2004) y 38º (Viena, 4 a 15 de julio de 2005) se propuso incluir en su futura labor la revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (1976) y de las Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral (1996)[24]. Aunque se manifestaron reservas con respecto a si era necesario revisar inmediatamente el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, se apoyó que se considerara su revisión un asunto prioritario. Se sugirió que, dada la difusión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, su revisión tendría efectos positivos para los profesionales participantes en procedimientos de arbitraje internacional. Se advirtió que era menester proceder con cautela al determinar el alcance de tal revisión, el cual debería decidirse con precisión a fin de no desvirtuar el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, que durante los casi 30 años transcurridos desde su adopción había sido un importante y estable instrumento de referencia. Para facilitar esa labor se propuso celebrar consultas preliminares con quienes participaban en procedimientos de arbitraje a efectos de que elaboraran una lista de los temas que correspondía actualizar o revisar. Se consideró también que el planteamiento preliminar de una posible revisión del Reglamento no debería ser óbice para que el Grupo de Trabajo estudiara otros posibles temas para su futura labor, como el recurso al arbitraje en la gestión empresarial o la utilización de mecanismos informáticos para la solución de controversias.

2. Controversias dirimibles o no por arbitraje

13. En sus períodos de sesiones 36º (Viena, 30 de junio a 11 de julio de 2003), 37º (Nueva York, 14 a 25 de junio de 2004) y 38º (Viena, 4 a 15 de julio de 2005), la Comisión tomó nota de que podría darse prioridad al examen de temas como las controversias entre empresas dirimibles o no por arbitraje y a otros asuntos que pudieran

---

[23] *Ibid.*, *quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/55/17), párr. 396.

[24] *Ibid.*, *quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/58/17), párr. 204; *Ibid.*, *quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/59/17), párr. 60; *ibid.*, *sexagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/60/17), párr. 178; A/CN.9/573, párr. 100; A/CN.9/592, párrs. 90 y 93.

ser o no susceptibles de arbitraje, como las cuestiones concernientes a los bienes inmuebles, a la insolvencia, o a la competencia desleal (véase el párrafo 6 *supra*)[25].

3. Solución de controversias en línea o por vía informática

14. La Comisión tomó nota de una propuesta en el sentido de que se diera prioridad al examen de las cuestiones relativas a la solución de controversias por vía informática (véase el párrafo 9 *supra*)[26].

4. Inmunidad soberana

15. Respecto de la cuestión de la inmunidad soberana, el Grupo de Trabajo tomó nota en su 44º período de sesiones (Nueva York, 23 a 27 de enero de 2006) de que, en diciembre de 2004, la Asamblea General había aprobado la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (véase la resolución A/RES/59/38). Se había invitado al Grupo de Trabajo a que considerara, teniendo en cuenta la aplicación de esa Convención a la inmunidad de un Estado y de sus bienes frente a la jurisdicción de los tribunales de otro Estado, si la cuestión de la inmunidad era un asunto que fuera necesario abordar en el contexto del arbitraje desde la perspectiva del acuerdo de un Estado de participar en el arbitraje y la ejecución de un laudo arbitral contra otro Estado. Se señaló con preocupación que el tema de la inmunidad soberana se debía limitar al momento de la ejecución y que podía generar confusión que se abordara esta cuestión en el tema del arbitraje. No obstante, se apoyó que se empezara a trabajar sobre esta materia, en particular porque se observaba que cada vez era mayor el número de casos en que un Estado que había participado en un arbitraje en materia de inversiones incumplía el laudo. También se advirtió de que el tema de la inmunidad soberana planteaba cuestiones de orden público, que no eran fáciles de armonizar (véase el párrafo 6 *supra*)[27].

5. Otros temas

16. Se sugirió como otro tema de posible inclusión en el programa del 44º período de sesiones (Nueva York, 23 a 27 de enero de 2006) del Grupo de Trabajo la revisión del artículo 27 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje, que en su forma actual permitía que un tribunal arbitral o una parte pidieran la asistencia de un tribunal para la práctica de la prueba en un procedimiento de arbitraje, pero autorizaba a este último a atender dicha solicitud "dentro del ámbito de su competencia y de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de prueba". Se sugirió que se revisara dicho artículo 27 con el fin de obligar a los tribunales a prestar tal asistencia[28].

---

[25] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/58/17), párr. 204; *quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/59/17), párr. 60; *sexagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/60/17), párr. 178; A/CN.9/573, párr. 100, A/CN.9/592, párr. 90.

[26] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/59/17), párr. 60; *sexagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/60/17), párr. 178; A/CN.9/573, párr. 100; A/CN.9/592, párr. 90.

[27] A/CN.9/592, párrs. 90 y 92.

[28] A/CN.9/592, párr. 94.

17. Otra sugerencia fue también que se abordara el impacto sobre el arbitraje internacional de los interdictos de cualquier otra actuación procesal concurrente mediante la introducción de enmiendas adecuadas en la Ley Modelo sobre el Arbitraje. Se observó que ese tipo de interdictos repercutía negativamente en el arbitraje internacional, incrementaba su costo y acentuaba su complejidad.

18. Se sugirió, además, que el Grupo de Trabajo estudiara el impacto del arbitraje sobre los terceros, así como los arbitrajes en los que intervenían varias partes. Si bien el Grupo de Trabajo convino en que un tribunal arbitral no tenía jurisdicción para vincular a partes que no fueran partes en el acuerdo de arbitraje, señaló que esa cuestión revestía una particular importancia en el contexto del otorgamiento de órdenes preliminares. Se puso de relieve que la situación había evolucionado, por ejemplo, en el caso de los arbitrajes sobre inversiones en que se habían tomado en consideración a los terceros que podían verse afectados por una decisión del tribunal arbitral. El Grupo de Trabajo convino en que esas cuestiones podrían ser tratadas por el Grupo de Trabajo en su futura labor[29].

19. Se formuló una sugerencia más amplia en el sentido de que la CNUDMI no debería limitarse a estudiar de manera poco sistemática las distintas cuestiones por separado, sino que debería trabajar en la preparación de un instrumento internacional vinculante sobre el arbitraje comercial internacional, teniendo en cuenta los instrumentos anteriores, tales como la Convención europea sobre arbitraje comercial internacional de 1961 y otros textos similares. Se señaló que la labor en un proyecto de esa índole no debería tener por objeto revisar los regímenes de arbitraje que funcionaran bien en la práctica, como la Convención de Nueva York. Aunque se manifestó interés en un proyecto más amplio de ese tipo, se advirtió al Grupo de Trabajo que no debería incorporar a su programa de trabajo proyectos innecesariamente largos, sino que debería concentrarse en las cuestiones de interés práctico para el mundo del arbitraje[30].

---

[29] A/CN.9/592, párr. 94.
[30] A/CN.9/592, párr. 91.

A/CN.9/610/Add.1

Solución de controversias comerciales: posible labor futura en la esfera de la solución de controversias comerciales: revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI

ADICIÓN

ÍNDICE

	Párrafos
Introducción	1-2
Sugerencias para la revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI	3-13
Arbitraje plurilateral	3
Acumulación de procedimientos arbitrales	4
Tribunales arbitrales incompletos y árbitros que obstaculizan el procedimiento	5
Confidencialidad de la información en los procedimientos arbitrales	6
Medidas provisionales	7
Responsabilidad de los árbitros	8
Establecimiento de reclamaciones a efectos de compensación	9
Intervención de terceros en el procedimiento arbitral	10
Otras sugerencias	11-13

Introducción

1. En sus períodos de sesiones 36º (Viena, 30 de junio a 11 de julio de 2003), 37º (Nueva York, 14 a 25 de junio de 2004) y 38º (Viena, 4 a 15 de julio de 2005), se formularon ante la Comisión propuestas para considerar la posible inclusión en la futura labor de la revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (1976) y de la Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral (1996) ("las Notas de la CNUDMI")[1]. Durante el 44º período de sesiones del Grupo de Trabajo (Nueva York, 23 a 27 de enero de 2006), aunque se expresaron reservas sobre la necesidad inmediata de revisar el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, se apoyó la sugerencia de que su revisión se considerara un asunto prioritario[2]. Se propuso que, para facilitar más la revisión del Reglamento, se celebraran

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/58/17), párr. 204; *ibid.*, *quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/59/17), párr. 60; *ibid.*, *sexagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/60/17), párr. 178; A/CN.9/573, párr. 100; A/CN.9/592, párrs. 90 y 93.

[2] A/CN.9/592, párr. 93.

consultas preliminares con profesionales a fin de elaborar una lista de los temas cuya actualización o revisión fueran necesarias[3].

2. En su 38º período de sesiones (Viena, 4 a 15 de julio de 2005), se informó a la Comisión de que en 2006 se cumpliría el 30º aniversario del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, por lo que se preveía que para celebrarlo se realizarían en distintas regiones conferencias, destinadas a intercambiar información sobre la aplicación del Reglamento y los posibles aspectos en que podría revisarse[4]. Los días 6 y 7 de abril de 2006 se celebró en Viena una de estas conferencias, en cooperación con el Centro de Arbitraje Internacional de la Cámara Económica Federal de Austria. Se formularon propuestas relativas a la enmienda de varios artículos del Reglamento a fin de ajustarlo más a la práctica internacional actual en materia de arbitraje y a las disposiciones pertinentes de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional ("la Ley Modelo"). Para facilitar los debates de la Comisión sobre este tema, la presente nota contiene una breve reseña de algunas sugerencias formuladas por profesionales durante esa conferencia. Esta reseña no debe considerarse una lista exhaustiva de los temas que debe examinar la Comisión. En caso que ésta decida que el Grupo de Trabajo II (Arbitraje) estudie una revisión del Reglamento, la Secretaría podría presentarle, en su próximo período de sesiones, una lista con anotaciones más detallada de los posibles aspectos revisables, para ayudarle a examinar esos aspectos y las políticas que han de adoptarse para revisarlo.

Sugerencias para la revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI

Arbitraje plurilateral

3. Cuando un arbitraje interesa a más de dos partes (arbitraje plurilateral), los procedimientos pueden ser más complicados de realizar, por lo que se han enmendado los reglamentos de varias instituciones de arbitraje a fin de ajustarse a este arbitraje plurilateral[5]. Podrían estudiarse enmiendas al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI con las que se abordara esta situación. Los aspectos en que podría aumentar la complejidad al tratarse de arbitraje plurilateral se enumeran en las Notas de la CNUDMI[6].

Acumulación de procedimientos arbitrales

4. En las situaciones en que surgen varias controversias entre las mismas partes en relación con distintos contratos (por ejemplo, contratos relacionados o una cadena de ellos) que contengan cláusulas de arbitraje independientes, una de las partes podría rechazar que todas estas controversias se resolvieran en el mismo procedimiento. Podría también acogerse a un proceso de arbitraje independiente respecto de una reclamación distinta relativa al mismo contrato, a fin de obtener una ventaja táctica. En tales situaciones, la acumulación de procedimientos podría ser un

---

[3] *Ibid.*

[4] *Ibid.*, *sexagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/60/17), párr. 179.

[5] Por ejemplo, el Reglamento de la CCI (Artículo 10), el Reglamento de la LCIA (Artículo 8.1), y el Reglamento de Arbitraje de la OMPI (Artículo 18).

[6] Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral, párrs. 86 a 88.

modo más eficaz de resolver las controversias entre las partes, y de reducir también la posibilidad de laudos incompatibles en arbitrajes paralelos. Con arreglo al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, la acumulación de procedimientos es posible únicamente cuando las partes convienen expresamente en ellos[7].

Tribunales arbitrales incompletos y árbitros que obstaculizan el procedimiento

5. En la versión revisada del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI podría regularse la situación en que el tribunal arbitral decide llevar adelante el arbitraje pese a que uno de sus miembros se ha ausentado con mala fe o a que el tribunal considera que uno de ellos obstaculiza la marcha del caso, incluidas sus deliberaciones[8]. Tal vez la Comisión desee examinar las consecuencias adversas para el arbitraje comercial internacional que tendría el hecho de que los árbitros se retiraran con mala fe del procedimiento arbitral, y, en ese contexto, determinar el grado en que las partes podrían reafirmar mediante acuerdo y sin lugar a dudas la validez de un laudo emitido por un tribunal arbitral incompleto[9].

Confidencialidad de la información en los procedimientos arbitrales

6. El párrafo 4) del artículo 25 y el párrafo 5) del artículo 32 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI se refieren a la confidencialidad de las audiencias y los laudos, respectivamente, pero no hay reglas sobre la confidencialidad del procedimiento en sí, ni de los elementos (incluidos los alegatos) que tenga ante sí el tribunal arbitral. Se propuso que en la versión revisada del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI se incorporara una disposición expresa a tal efecto.

Medidas provisionales

7. El artículo 26 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, que se refiere a las medidas provisionales, no es acorde con las disposiciones legales modelo revisadas sobre medidas cautelares que se propuso insertar en un nuevo capítulo IV *bis* de la Ley Modelo y que la Comisión debe aprobar en su 39º período de sesiones[10]. La cuestión que se debe examinar es si el artículo 26 debe reflejar las disposiciones legales revisadas sobre medidas cautelares de la Ley Modelo y, en caso afirmativo, en qué medida.

Responsabilidad de los árbitros

8. Tal vez la Comisión desee examinar si se debe continuar estudiando la cuestión de la responsabilidad de los árbitros en el contexto del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. En su forma actual, ni el Reglamento de Arbitraje ni la Ley Modelo de la CNUDMI abordan esa cuestión[11].

---

[7] El párrafo 3) del artículo19 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI dispone que el demandado podrá formular una reconvención fundada en el mismo contrato.

[8] Al respecto, el artículo13 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI se refiere a los árbitros sustitutos; y el párrafo 4) del artículo 32 del Reglamento requiere que, si uno de los árbitros no firma el laudo, la mayoría del tribunal indique en este el motivo de ello.

[9] A/CN.9/460, párrs. 80 a 91.

[10] A/CN.9/592, anexo 1.

[11] A/CN.9/460, párrs. 92 a 100.

Establecimiento de reclamaciones a efectos de compensación

9. El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI dispone que el demandado podrá hacer valer un derecho a los efectos de una compensación si esta reclamación se funda en el mismo contrato (artículo 19). Se han expresado opiniones en el sentido de que la competencia del tribunal arbitral para conocer de reclamaciones establecidas a efectos de compensación debe, en ciertas circunstancias, extenderse más allá del contrato en que se basa la reclamación principal. Las razones que se aducen son la eficacia del procedimiento y la conveniencia de resolver las controversias entre las partes[12].

Intervención de terceros en el procedimiento arbitral

10. Los terceros, por ejemplo las organizaciones no gubernamentales, solicitan con frecuencia la oportunidad de explicar su postura, en particular en arbitrajes relativos a tratados de inversión. El párrafo 1) del artículo 15 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, en el que se dispone que "el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado", podría interpretarse en el sentido de que otorga al tribunal arbitral la facultad de aceptar informes *amicus curiae* por escrito. Tal vez la Comisión desee estudiar si debe incluirse en la versión revisada del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI una disposición expresa sobre la intervención de terceros.

Otras sugerencias

11. El artículo 3 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI dispone que en la notificación del arbitraje presentada por el demandante debe indicarse "la naturaleza general" de la demanda, así como la "materia u objeto que se demanda". Posteriormente, se constituye el tribunal de arbitraje, sin que el demandado tenga la posibilidad (ni la obligación) de señalar su postura sobre i) la competencia, ii) la reclamación, ni iii) las posibles intervenciones. A fin de promover la agilidad y eficacia del procedimiento de arbitraje, podría modificarse el artículo 3 para incluir una disposición por la que se permita al demandado presentar una respuesta a la notificación del arbitraje del demandante.

12. El Artículo 35 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI dispone en su forma actual que cualquiera de las partes podrá requerir del tribunal arbitral una interpretación del laudo. La cuestión planteada es si esta disposición se aplicaría únicamente cuando hay controversia respecto de lo que el laudo ordena hacer a las partes.

13. El párrafo 1) del artículo 39 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI dispone que los honorarios del tribunal serán "de un monto razonable". Tal vez la Comisión desee examinar si en la revisión del Reglamento se debe impartir más orientación sobre esta cuestión.

---

[12] A/CN.9/460, párrs. 72 a 79.

III. CONTRATACIÓN PÚBLICA

A. Informe del Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) sobre la labor de su octavo período de sesiones (Viena, 7 a 11 de noviembre de 2005)

(A/CN.9/590) [Original: inglés]

ÍNDICE

Párrafos

I. Introducción 1-3

II. Organización del período de sesiones 4-8

III. Deliberaciones y decisiones 9-11

IV. Examen de propuestas de revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios 12-111

A. Alcance e importancia de las revisiones de la Ley Modelo y de su Guía para la incorporación al derecho interno (A/CN.9/WG.I/WP.38, párrs. 4 a 23) 12-16

B. Sugerencias de redacción 17-111

1. Observaciones generales introductorias en la Guía para la incorporación al derecho interno relativas a la utilización de comunicaciones electrónicas en la contratación pública (A/CN.9/WG.I/WP.38, capítulo II, sección B, subsección 2 b)) 17-18

2. Equivalencia funcional (A/CN.9/WG.I/WP.38, párrs. 24 a 29) 19-27

3. Normas de accesibilidad (A/CN.9/WG.I/WP.38, párrs. 30 a 32). 28-33

4. Forma de las comunicaciones - revisiones propuestas del artículo 9 de la Ley Modelo (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, párrs. 1 a 5) 34-42

5. Concepto de “electrónico” y otros términos conexos (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, párrs. 6 a 12) 43

6. Validez jurídica de un contrato adjudicado por vía electrónica (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, párrs. 13 a 15) 44

7. Obligación de llevar un expediente del proceso de adjudicación (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, párrs. 16 a 18) 45

8. Presentación por vía electrónica de las ofertas, propuestas o cotizaciones (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, párrs. 19 a 27) 46-49

9. Apertura de ofertas presentadas por vía electrónica (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, párrs. 28 a 32) 50-51

10. Publicación electrónica de información concerniente a la contratación pública (A/CN.9/WG.I/WP.39 y Add.1) 52-63

a) Observaciones generales 52-54

b) Acceso del público a información concerniente a la adjudicación de un contrato - propuestas de revisión del artículo 5 de la Ley Modelo (A/CN.9/WG.I/WP.39 y A/CN.9/WG.I/WP.39/Add.1, párrs. 34 a 39) 55-59

c) Publicación de información sobre contratos próximamente adjudicables (A/CN.9/WG.I/WP.39/Add.1, párrs. 1 a 17, 38, 40 y 41) 60-62

d) Otros asuntos (A/CN.9/WG.I/WP.39/Add.1, párrs. 18 a 33) 63

11. La subasta electrónica inversa (A/CN.9/WG.I/WP.40 y Add.1, párrs. 1 a 20) 64-105

a) Observaciones generales (A/CN.9/WG.I/WP.40, párrs. 4 a 8) 64-66

b) Condiciones para el empleo de la subasta electrónica inversa (artículo 19 *bis*) (A/CN.9/WG.I/WP.40, párrs. 9 a 17) 67-80

c) Período anterior a la subasta (artículo 47 *bis*) (A/CN.9/WG.I/WP.40, párrs. 18 a 25) 81-86

d) Fase de la subasta (artículo 47 *ter*) (A/CN.9/WG.I/WP.40, párrs. 26 a 35). 87-93

e) Revisiones de la Ley Modelo para que puedan realizarse subastas electrónicas inversas (A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, párrs. 1 a 20) 94-102

f) Lugar de inserción de las disposiciones sobre las subastas electrónicas inversas 103-105

12. Ofertas anormalmente bajas (A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, párrs. 21 a 29) 106-111

I. Introducción

1. En su 37º período de sesiones, celebrado en 2004, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, “la Comisión”) encomendó a su Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) que elaborase propuestas para la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI de 1994 sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (en adelante, la “Ley Modelo”, A/49/17 y Corr.1, anexo I). El Grupo de Trabajo inició la

elaboración de propuestas para la revisión de la Ley Modelo en su sexto período de sesiones, celebrado en Viena del 30 de agosto al 3 de septiembre de 2004 (A/CN.9/568). En esa ocasión decidió que en sus períodos de sesiones siguientes proseguiría el examen a fondo de los temas expuestos en los documentos A/CN.9/WG.I/WP.31 y 32 en orden sucesivo (A/CN.9/568, párr. 10).

2. En su séptimo período de sesiones, celebrado en Nueva York, del 4 al 8 de abril de 2005 (A/CN.9/575), el Grupo de Trabajo inició el examen a fondo de la utilización de las comunicaciones y tecnologías electrónicas en el proceso de contratación pública, a saber: a) la publicación y comunicación por vía electrónica de información concerniente a la contratación pública; b) la utilización y el control de medios electrónicos de comunicación en el proceso de contratación pública y la presentación de ofertas por vía electrónica; c) las subastas electrónicas inversas; y d) las ofertas anormalmente bajas (A/CN.9/WG.I/WP.34 y Add.1 y 2, A/CN.9/WG.I/WP.35 y Add.1 y A/CN.9/WG.I/WP.36). El Grupo de Trabajo decidió incluir en la Ley Modelo el tema de la utilización de las comunicaciones y tecnologías electrónicas (incluida la subasta electrónica inversa), así como el de la investigación de las ofertas anormalmente bajas, y continuar en su octavo período de sesiones el examen a fondo de esos temas y de las revisiones necesarias de la Ley Modelo sobre la base de las sugerencias de redacción que preparase la Secretaría (A/CN.9/575, párr. 9).

3. En su 38º período de sesiones, celebrado en 2005, la Comisión felicitó al Grupo de Trabajo por los avances realizados en su labor y reafirmó su apoyo al nuevo estudio en curso y a la inclusión de prácticas de contratación novedosas en la Ley Modelo (A/60/17, párr. 172).

II. Organización del período de sesiones

4. El Grupo de Trabajo, integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su octavo período de sesiones en Viena del 7 al 11 de noviembre de 2005. Asistieron a las sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argelia, Brasil, Camerún, Canadá, China, Colombia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, Irán (República Islámica del), Italia, Jordania, Lituania, Marruecos, México, Nigeria, República Checa, República de Corea, Singapur, Suecia, Tailandia, Túnez, Turquía, Uganda, Venezuela (República Bolivariana de) y Zimbabwe.

5. Asistieron observadores de los siguientes Estados: Filipinas, Grecia, Haití, Indonesia, Iraq, Irlanda, Omán, Perú, República Democrática del Congo y Rumania. También estuvieron presentes observadores de las siguientes organizaciones internacionales:

a) *Sistema de las Naciones Unidas*: Banco Mundial, Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y Secretaría de las Naciones Unidas;

b) *Organizaciones intergubernamentales*: Agencia Espacial Europea (ESA), Banco Africano de Desarrollo y Comisión Europea;

c) *Organizaciones no gubernamentales internacionales invitadas por la Comisión*: Asociación Europea de Estudiantes de Derecho, Asociación Internacional de Abogados y Organización Internacional de Derecho para el Desarrollo.

6. El Grupo de Trabajo eligió a las siguientes personas para integrar la Mesa:

Presidente: Sr. Stephen R. KARANGIZI (Uganda)

Presidente interino: Sr. Olawale MAIYEGUN (Nigeria)

(sesión del viernes 11 de noviembre de 2005 por la tarde)

Relator: Sr. Gonzalo SUÁREZ BELTRÁN (Colombia)

7. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición los siguientes documentos:

a) Programa provisional anotado (A/CN.9/WG.I/WP.37 y Corr.1);

b) Una nota relativa a la utilización de comunicaciones electrónicas en el proceso de contratación pública que comprende textos normativos propuestos (A/CN.9/WG.I/WP.38 y Add.1);

c) Una nota relativa a la publicación por vía electrónica de la información relativa a la contratación pública que comprende un estudio comparado y textos normativos propuestos (A/CN.9/WG.I/WP.39 y Add.1); y

d) Una nota relativa a las subastas electrónicas inversas y a las ofertas anormalmente bajas, que comprende textos normativos propuestos (A/CN.9/WG.I/WP.40 y Add.1).

8. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Apertura del período de sesiones.
2. Elección de la Mesa.
3. Aprobación del programa.
4. Examen de propuestas para la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios.
5. Otros asuntos.
6. Aprobación del informe del Grupo de Trabajo.

III. Deliberaciones y decisiones

9. En su octavo período de sesiones el Grupo de Trabajo siguió deliberando sobre las propuestas para la revisión de la Ley Modelo. Como base de sus debates utilizó las notas preparadas por la Secretaría a que se hace referencia en el párrafo 7 *supra* (A/CN.9/WG.I/WP.38, A/CN.9/WG.I/WP.39 y A/CN.9/WG.I/WP.40 y sus adiciones).

10. El Grupo de Trabajo convino en que, en su noveno período de sesiones, el examen se centraría en los siguientes aspectos: a) la utilización de los medios de comunicación electrónicos en la contratación pública, incluidos el intercambio de comunicaciones por medios electrónicos, la presentación de ofertas por vía electrónica, la apertura de ofertas, procedimientos de licitación, la celebración de

reuniones y el almacenamiento de información, así como el control de su utilización, como las "normas de accesibilidad", y el principio conexo de la "equivalencia funcional" de todos los medios de comunicación; b) varios aspectos de la publicación de información relativa a la contratación pública, incluida la posible ampliación del actual ámbito de aplicación del artículo 5, haciendo referencia a la publicación de información sobre todo contrato próximamente adjudicable; c) las subastas electrónicas inversas, incluida la cuestión de si se las debería considerar una fase opcional en otros métodos de contratación o un método único, los criterios de su utilización, los tipos de contratación que se abarcarían y sus aspectos de procedimiento; y d) las ofertas de precio anormalmente bajo, incluidas su pronta identificación en el proceso de contratación y la prevención de las consecuencias negativas de esas ofertas. Se solicitó a la Secretaría que presentara sugerencias de redacción revisadas sobre esos temas, para que el Grupo de Trabajo las examinara en su siguiente período de sesiones, y que estudiara los siguientes aspectos prácticos del funcionamiento de las subastas electrónicas inversas: i) precalificación, calificación y puntuación de las ofertas de los concursantes en el contexto de las subastas electrónicas inversas del Modelo 2 (véase el párrafo 85 *infra*); y ii) utilización de garantías de la oferta en el contexto de las subastas electrónicas inversas (véase el párrafo 100 *infra*). El Grupo de Trabajo decidió examinar los temas de los acuerdos marco y de las listas de proveedores en su siguiente período de sesiones, si había tiempo para ello.

11. El viernes por la mañana, la Secretaría resumió los cambios que, a su entender, se requerían con respecto a las sugerencias de redacción que el Grupo tenía a su disposición en el actual período de sesiones. El Grupo de Trabajo también escuchó declaraciones de la Secretaría sobre los progresos realizados en la preparación de los estudios sobre los acuerdos marco y las listas de proveedores, que se presentarían al Grupo de Trabajo, para su examen, en su siguiente período de sesiones. Algunos delegados compartieron información sobre las experiencias en sus respectivos Estados en relación con los acuerdos marco y las listas de proveedores.

IV. Examen de propuestas de revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios

A. Alcance e importancia de las revisiones de la Ley Modelo y de su Guía para la incorporación al derecho interno (A/CN.9/WG.I/WP.38, párrs. 4 a 23)

12. El Grupo de Trabajo examinó el alcance y la importancia de sus revisiones de la Ley Modelo y de la Guía para la incorporación al derecho interno.

13. El Grupo de Trabajo reconoció la importancia de una buena planificación de la contratación pública y de una buena administración de los contratos adjudicados para el funcionamiento general eficaz de la contratación pública, así como el cumplimiento de los objetivos de la Ley Modelo. Algunas delegaciones consideraron que debería ampliarse el alcance actual de la Ley Modelo, que únicamente comprendía la fase de selección del proveedor o contratista, agregándole las fases de planificación de la contratación pública y de administración de los

contratos adjudicados (A/CN.9/WG.I/WP.38, párrs. 12 y 13). No obstante, según la opinión general de las delegaciones, no debería modificarse la Ley Modelo en este aspecto y sería más apropiado ampliar el alcance del párrafo 10 de la Guía en lo que respecta a las buenas prácticas en la planificación de la contratación pública y en la administración de los contratos adjudicados. Por otra parte, algunas delegaciones se declararon partidarias de que se formulara, en la propia Ley Modelo, al menos una serie de principios generales mínimos aplicables a dichas fases suplementarias. El Grupo de Trabajo, reconociendo el contexto más amplio en el que esta cuestión debería examinarse, decidió volver a estudiarla ulteriormente conjuntamente con las revisiones de los artículos pertinentes de la Ley Modelo.

14. Por lo que respecta al alcance y la importancia de la revisión de la Guía para incorporación al derecho interno (A/CN.9/WG.I/WP.38, párrs. 9 a 11 y 19 a 23), el Grupo de Trabajo convino en aplazar el examen de estas cuestiones hasta que hubiera examinado la Ley Modelo revisada en su totalidad. Se argumentó que ese proceder era necesario habida cuenta de la interacción que había entre diversas disposiciones de la Ley Modelo y de la Guía, a fin de asegurar que tanto su contenido como su grado de detalle fueran apropiados y que se evitaran repeticiones innecesarias en la Guía.

15. Algunas delegaciones apoyaron la sugerencia de que la Guía previera más detalles sobre cuestiones que habrían de abordarse en reglamentaciones o incluso proyectos de reglamento, especialmente habida cuenta del valor que tales reglamentos podían tener para la armonización del régimen de la contratación pública (A/CN.9/WG.I/WP.38, párr. 9). Por otra parte, se expresó la opinión de que con la armonización de la reglamentación de la contratación pública deberían darse facilidades a los Estados promulgantes y no privarles de toda flexibilidad, por lo que las disposiciones en sí no deberían ser excesivamente prescriptivas.

16. Se reiteró la opinión de que las revisiones de la Ley Modelo y de la Guía en que se abordaran los temas de la utilización de medios electrónicos de comunicación y la publicación en la contratación pública deberían redactarse con el objetivo de posibilitar y, en su caso, promover, en el proceso de contratación pública, tal utilización sin que con ellos se discriminara el empleo de otros medios, como las comunicaciones sobre papel.

B. Sugerencias de redacción

1. Observaciones generales introductorias en la Guía para la incorporación al derecho interno relativas a la utilización de comunicaciones electrónicas en la contratación pública (A/CN.9/WG.I/WP.38, capítulo II, sección B, subsección 2 b))

17. El Grupo de Trabajo convino en introducir en el texto las siguientes enmiendas: i) suprimir las palabras “otras” y “socioeconómicas”, en el párrafo 3; ii) sustituir las palabras “en lo posible” por la expresión “cuando proceda”, en el párrafo 4; y iii) reformular los párrafos 6 y 13 en forma afirmativa, subrayando la necesidad de que los Estados que optaran por incorporar la Ley Modelo revisada a su derecho interno, adopten legislación general sobre el comercio electrónico que

prevea el reconocimiento legal, la validez y la ejecutabilidad de las comunicaciones electrónicas generadas en el proceso de contratación pública.

18. Las delegaciones discreparon en cuanto a la necesidad de que en el párrafo 9 se citaran los artículos 5, 6 y 8 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (A/51/17, anexo I). Algunas delegaciones consideraron que estaba justificado que se citara la totalidad de los artículos pertinentes, a fin de asegurar que la Ley Modelo revisada con su Guía para la incorporación del derecho interno constituyera un documento completo y único en el que se abordaran todos los aspectos pertinentes de la utilización de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública. Otras delegaciones estimaron que era innecesario que el párrafo 9 fuera tan detallado en esa parte de la Guía (que contenía observaciones generales introductorias sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas), pero que los argumentos planteados podían consignarse en otra parte de la Guía. Por consiguiente, se sugirió que se suprimiera el párrafo 9 y se consideró que las referencias a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico eran suficientes, si bien tal vez se requiriera una explicación suplementaria sobre las disposiciones de dicha Ley Modelo. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que, al formular de nuevo el párrafo 9 y al remitirse a disposiciones de otros textos en otras partes de la Guía, según el caso, tratara de compaginar economía con claridad y eficiencia.

2. Equivalencia funcional (A/CN.9/WG.I/WP.38, párrs. 24 a 29)

19. El Grupo de Trabajo recordó su decisión de prever un principio general de equivalencia funcional en la utilización de comunicaciones en el proceso de contratación pública y de redactarlo desde una perspectiva tecnológicamente neutra (A/CN.9/575, párr. 12).

20. El Grupo de Trabajo procedió a examinar las sugerencias de redacción para un nuevo proyecto de artículo 4 *bis* de la Ley Modelo (que se ha propuesto titular "Equivalencia funcional de todo método utilizable para comunicar, publicar, intercambiar o archivar información o documentos") y, en concreto, las variantes A, B y C (A/CN.9/WG.I/WP.38, párrs. 24 a 29).

21. Se señaló que cada una de las tres variantes contenía tres elementos principales. El primero de ellos era una descripción de los métodos utilizables para la comunicación, la publicación, el intercambio o el archivo de información o documentos, así como para celebrar reuniones; el segundo, la afirmación de que para ello la vía electrónica sería suficiente; y el tercero, los controles de la utilización de los medios de comunicación (A/CN.9/WG.I/WP.38, párr. 26).

22. Por lo que respecta al primer elemento, se observó que la diferencia entre las variantes radicaba en que las variantes A y C contenían una lista de tipos de comunicaciones a los que era aplicable el artículo, mientras que en la variante B figuraba una descripción genérica de los tipos de comunicación aludidos, pero ninguna lista. El Grupo de Trabajo decidió que la variante B constituiría el mejor enunciado, ya que era el más claro y el más fácil de aplicar, y evitaba el riesgo de que las entidades adjudicadoras trataran de eludir la aplicación de la disposición mediante una enumeración rígida en la lista. No obstante, se observó que la descripción genérica tal vez no resultara lo suficientemente amplia para abarcar todos los temas enunciados en la lista, incluida la apertura de convocatorias a

licitación por medios electrónicos, la publicación de información relacionada con la contratación pública y el requisito de que un documento se presente en un sobre sellado.

23. En cuanto al segundo elemento, se indicó que el objetivo de la disposición era abordar todas las formas de comunicación y asegurar su equivalencia funcional. Si bien el carácter relativamente novedoso de las formas electrónicas de comunicación podría requerir mayores explicaciones que las formas tradicionales de comunicación, el Grupo de Trabajo puso de relieve que el texto se redactase de tal forma que englobara todo tipo de comunicaciones.

24. Respecto del tercer elemento, se recordó que los controles pertinentes eran las "normas de accesibilidad", que el Grupo había convenido, en su séptimo período de sesiones, en que fueran aplicables a los medios de comunicación elegidos (A/CN.9/575, párr. 14). Se observó que en un aspecto de los controles se decía que podía utilizarse cualquier medio de comunicación "siempre y cuando el Estado promulgante o la entidad adjudicadora tuviera la certeza de que tal utilización se ajustaba a las [normas de accesibilidad]". Se señaló que, tal como estaba redactada, la disposición confería un amplio margen de discreción a la entidad adjudicadora y que, al mismo tiempo, dicha entidad no estaba obligada a transcribir su decisión sobre el medio de comunicación elegido ni a consignar tal decisión en el expediente de la contratación pública, conforme al artículo 11 de la Ley Modelo. En consecuencia, se propuso que el texto dijera: ", siempre y cuando tal utilización se ajuste a las [normas de accesibilidad]," lo cual era una norma puramente objetiva, y que se volviera a examinar el requisito de que la entidad adjudicadora registrara su selección del medio de comunicación cuando el Grupo de Trabajo examinara la formulación de las "normas de accesibilidad".

25. Se propuso, como variante, que las "normas de accesibilidad" se consignaran en otra parte de la Ley Modelo y que, por consiguiente, en el texto del proyecto de artículo 4 *bis* se regularan únicamente los dos primeros elementos.

26. El Grupo de Trabajo decidió proseguir sus deliberaciones sobre el proyecto de artículo 4 *bis* basándose en la variante B, y pidió a la Secretaría que redactara de nuevo dicha variante teniendo en cuenta estas propuestas y, concretamente, que revisara el texto explícitamente para dar cabida en él a todas las formas de comunicación y omitiendo toda referencia, en dicho artículo, a las normas de accesibilidad.

27. En lo que respecta a la descripción de las comunicaciones, el Grupo de Trabajo observó que en el proyecto de texto que examinaba se hablaba tanto de los "métodos" como de los "medios" de comunicación (A/CN.9/WG.I/WP.38, párr. 28). El Grupo de Trabajo examinó las ventajas e inconvenientes de ambos términos y convino en proseguir sus deliberaciones sobre esta cuestión en una fecha ulterior.

3. Normas de accesibilidad (A/CN.9/WG.I/WP.38, párrs. 30 a 32)

28. Según la opinión general de las delegaciones, las disposiciones sobre las "normas de accesibilidad", que actualmente figuraban en el artículo 4 *bis*, deberían consignarse en forma separada y regular claramente todos los tipos de comunicaciones, y no solo las electrónicas.

29. Con respecto a los proyectos de disposición relativos a las "normas de accesibilidad" (A/CN.9/WG.I/WP.38, párr. 30), se señaló que la finalidad del apartado a) de esa disposición era asegurar, entre otras cosas, que las entidades adjudicadoras examinaran debidamente las repercusiones de costos al elegir los medios de comunicación, por lo que se sugirió que se sustituyeran los términos "generalmente accesible" por la expresión "razonablemente accesible". También se sugirió que el texto dijera "fuera compatible (mutuamente compatible) con los sistemas que fueran de uso común o general". Se hizo también referencia al párrafo 5 del documento A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1 en el que figuraba esta frase; además, se señaló que en las directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE de la Unión Europea sobre contratación pública figuraba un texto similar[1]. No obstante, se objetó que, en la práctica, tal vez resultara difícil que se cumpliera el requisito de "compatibilidad mutua", pues muchas veces era imposible lograrla, por lo que podrían producirse revisiones excesivas de las decisiones sobre contratación pública. También se sugirió que se sustituyera la palabra "generalmente" por el término "comúnmente". Con respecto al apartado b), se estimó que debería suprimirse, dado que su contenido no guardaba relación con las "normas de accesibilidad".

30. Algunas delegaciones estuvieron de acuerdo con la observación de la Secretaría (A/CN.9/WG.I/WP.38, párr. 31) de que existía alguna incoherencia entre los apartados a) y c) en la medida en que una vía de comunicación generalmente accesible podía, no obstante, resultar discriminatoria para ciertos proveedores o contratistas. Se sugirió reemplazar toda la disposición por el siguiente texto: "La entidad adjudicadora se cerciorará de que el método que vaya a utilizar para la comunicación, publicación, intercambio o archivo de información o de documentos no supone una discriminación irrazonable de algunos posibles proveedores o contratistas o una discriminación entre todos ellos ni limita sustancialmente la competencia."

31. Se observó que i) la variante propuesta no abordaba la utilización de los medios electrónicos de comunicación en la contratación pública, ii) podría estar justificado que se agregara una referencia a la "celebración de reuniones", iii) la frase del texto propuesto "no supone una discriminación irrazonable" podía interpretarse de maneras distintas en los diversos ordenamientos jurídicos, y sería preferible emplear un término distinto al de la "razonabilidad", y iv) debía quedar prohibida toda discriminación por parte de la entidad adjudicadora y, por ello, se debería suprimir la palabra "sustancialmente".

32. El Grupo de Trabajo observó que existía una diferencia entre el concepto de "accesibilidad general" en el apartado a) y el de no discriminación en el apartado c) (A/CN.9/WG.I/WP.38, párr. 31), y se planteó si ambos conceptos debían figurar explícitamente en el texto o si cabía considerar que el requisito de que los medios de comunicación fueran generalmente accesibles ya quedaba englobado por el requisito de no discriminación. El Grupo de Trabajo decidió volver a examinar la cuestión en una fecha ulterior.

---

[1] Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004 (*Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. L 134, 30 de abril de 2004, págs. 1 y 114, respectivamente. Ambas están disponibles en el siguiente sitio de Internet: http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/legislation_en.htm).

33. El Grupo de Trabajo, al observar que no se había adoptado una decisión definitiva sobre la cuestión, pidió a la Secretaría que preparara un proyecto de texto revisado para las "normas de accesibilidad" basándose en el texto enunciado en el párrafo 30 *supra*, al que se incorporaran las observaciones formuladas al respecto en el período de sesiones en curso, y que revisara en consecuencia el proyecto de Guía para la incorporación al derecho interno. El Grupo de Trabajo aplazó la decisión sobre el lugar del texto de la Ley Modelo en que habrían de insertarse las disposiciones y pidió a la Secretaría que preparara propuestas al respecto a fin de poderlas examinar en su siguiente período de sesiones.

4. Forma de las comunicaciones - revisiones propuestas del artículo 9 de la Ley Modelo (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, párrs. 1 a 5)

34. Poniendo de relieve la estrecha vinculación entre las cuestiones de la "equivalencia funcional" de todos los medios de comunicación y de las "normas de accesibilidad", examinadas anteriormente en el período de sesiones (véanse los párrafos 19 a 33 *supra*), y habida cuenta de las disposiciones sobre la forma de comunicación enunciadas en el artículo 9 revisado (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, párr. 3), algunas delegaciones estimaron que las disposiciones pertinentes deberían figurar juntas. Otras delegaciones consideraron que el artículo 9 de la Ley Modelo tenía un alcance limitado a la forma de las comunicaciones entre la entidad adjudicadora y los proveedores, por lo que las disposiciones que regulaban las cuestiones que iban más allá de esta cuestión concreta deberían insertarse en otra parte del texto.

35. Por lo que respecta al párrafo 1 *bis* del artículo 9 revisado, se señaló que el texto propuesto podría ser superfluo habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 4 *bis* (relativo a la "equivalencia funcional"), que daba a la entidad adjudicadora un margen de discreción para seleccionar los medios de comunicación.

36. En lo que respecta al párrafo 1 *ter*, se sostuvo que, dado que las "normas de accesibilidad" eran aplicables a la presentación de ofertas, podían tener cabida en el artículo 30 de la Ley Modelo. No obstante, el Grupo de Trabajo observó que las "normas de accesibilidad" deberían ser aplicables a todas las etapas de la contratación pública, y que todas estas etapas deberían regularse en un único artículo.

37. El Grupo de Trabajo convino provisionalmente en suprimir los párrafos 1 *bis* y 1 *ter* hasta que se hubieran concluido las deliberaciones sobre la "equivalencia funcional" y la presentación de ofertas por vía electrónica, respectivamente. Sin embargo, si se decidiera insertar el texto del párrafo 1 *bis* del artículo 9 en la última disposición relativa a la "equivalencia funcional", se observó que el texto debería hacer referencia a todas las comunicaciones efectuadas en el proceso de contratación pública y, por consiguiente, en vez de decir "comunicaciones con" los proveedores o contratistas, se debería decir "comunicaciones entre la entidad adjudicadora y los proveedores o contratistas".

38. En relación con el párrafo 1 *quater*, se sugirió que las disposiciones quedaran incluidas en el artículo que regulaba las "normas de accesibilidad". La variante propuesta para las "normas de accesibilidad" (véase el párrafo 30 *supra*), en su

forma revisada, podría sustituir al párrafo 1 *quater*, o podría insertarse en otra parte del texto.

39. Se observó, además, que la formulación de las "normas de accesibilidad" y el párrafo 1 *quater* propuesto tendrían que examinarse en el contexto del proyecto de párrafo 1 *quinquies* del artículo 9. En ese último párrafo se preveía que los Estados promulgantes tal vez desearan adoptar reglamentos sobre las cuestiones técnicas planteadas por la utilización de comunicaciones electrónicas y sobre la accesibilidad de dichas comunicaciones. El Grupo de Trabajo estudió la cuestión de si esos reglamentos deberían ser imperativos o no. Ciertas delegaciones señalaron que la obligación de regular esas cuestiones podría resultar onerosa.

40. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo llegó a la conclusión de que los reglamentos propuestos en el párrafo 1 *quinquies* del artículo 9, en que se abordaban las cuestiones técnicas, no deberían ser imperativos, pero que en cambio sí deberían serlo los que regularan la cuestión de la accesibilidad, a reserva de la resolución de las cuestiones de redacción aún pendientes sobre las "normas de accesibilidad" propiamente dichas. El Grupo de Trabajo también convino en que el texto de la Guía debería explicar los objetivos de los reglamentos y subrayar la finalidad de la equivalencia funcional de todos los tipos de comunicación, a fin de que no se impusieran a las comunicaciones electrónicas normas más estrictas de autenticidad, integridad, accesibilidad mutua y confidencialidad que a las comunicaciones sobre papel. Se estimó también que el texto de la Guía podría ser útil para hacer notar a los Estados promulgantes la necesidad de los requisitos de accesibilidad y de accesibilidad mutua como salvaguardias necesarias, especialmente en el contexto de la contratación pública internacional, con miras a facilitar el acceso de los proveedores extranjeros al mercado de la contratación pública.

41. El Grupo de Trabajo examinó también la cuestión de si la entidad adjudicadora debería proporcionar gratuitamente a los posibles proveedores programas informáticos (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, párr. 5). El Grupo de Trabajo señaló que se exigiría de las entidades adjudicadoras que obtuvieran una licencia para utilizar programas informáticos y que a tal efecto especificaran el número de usuarios (un requisito quizá imposible de cumplir); el Grupo de Trabajo señaló también que había circunstancias en que sería apropiado cobrar por los programas informáticos proporcionados. En consecuencia, el Grupo de Trabajo llegó a la conclusión de que no sería apropiado requerir a las entidades adjudicadoras que proporcionaran todos los programas informáticos gratuitamente, pero que en la Guía debería disponerse que las entidades adjudicadoras no deberían utilizar su capacidad de cobro para imponer precios desproporcionados ni para restringir el acceso a la contratación pública.

42. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara un proyecto revisado de artículo 9 y el consiguiente texto en la Guía que lo acompañara.

5. Concepto de "electrónico" y otros términos conexos (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, párrs. 6 a 12)

43. El Grupo de Trabajo estudió la cuestión de si en la Ley Modelo debía darse una definición de los términos "electrónicos" o "medios electrónicos de comunicación", tomando nota de que si bien en algunos regímenes de la contratación pública y en algunas legislaciones sobre el comercio electrónico

figuraban definiciones equivalentes, en otros ordenamientos no existían tales definiciones (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, párr. 9 y nota 5 al final del documento). En esta última categoría entraba la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, en la que se definían los conceptos de "mensaje de datos" y de "intercambio electrónico de datos" desde una perspectiva funcional. Dado que las comunicaciones electrónicas eran una materia en plena evolución, se observó también que habría que adoptar un criterio de interpretación lo más amplio posible, y que toda definición podía volverse obsoleta. El Grupo de Trabajo llegó a la conclusión de que en el texto de la Ley Modelo no debería figurar una definición de esos términos. No obstante, el Grupo de Trabajo consideró que en la Guía para la incorporación al derecho interno deberían describirse esos conceptos haciendo remisión, de ser necesario, a las disposiciones de la Ley Modelo sobre la "equivalencia funcional".

6. Validez jurídica de un contrato adjudicado por vía electrónica (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, párrs. 13 a 15)

44. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo con el texto propuesto (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, la sección a continuación del párrafo 14), con una nota conforme a la cual las citas de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico se sustituyeran por remisiones apropiadas.

7. Obligación de llevar un expediente del proceso de adjudicación (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, párrs. 16 a 18)

45. El Grupo de Trabajo recordó su decisión de que no debía prescribirse la forma que debía revestir un expediente, la cual debía estar sin embargo sujeta a las "normas de accesibilidad" descritas más arriba (A/CN.9/575, párrs. 43 a 46). El Grupo de Trabajo consideró que el requisito propuesto de que la entidad adjudicadora mantuviera accesible la información electrónicamente almacenada en el expediente, aun cuando las tecnologías cambiaran, resultaría técnicamente difícil. Se convino en que ese requisito fuera válido únicamente hasta que hubiera vencido el plazo para una revisión conforme al artículo 52 de la Ley Modelo. Se pidió a la Secretaría que enmendara en consecuencia el texto propuesto del párrafo 1) *bis* de la Guía para la incorporación al derecho interno, que trataba del artículo 11 de la Ley Modelo.

8. Presentación por vía electrónica de las ofertas, propuestas o cotizaciones (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, párrs. 19 a 27)

46. El Grupo de Trabajo basó sus deliberaciones en las revisiones propuestas del artículo 30 de la Ley Modelo (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, párr. 24). Se señaló que la finalidad de las revisiones era suprimir el derecho que tenía un proveedor, en virtud del artículo 30.5 b), a presentar una oferta por escrito, en un sobre sellado. El Grupo de Trabajo aplazó el examen de la cuestión de hasta qué punto debían tratarse las disposiciones en la Ley Modelo, en la Guía para la incorporación al derecho interno en forma de texto narrativo o en un proyecto de reglamento.

47. Por lo que respecta a las revisiones del artículo 30.5 a), se decidió suprimir toda posibilidad de que el proveedor pudiera insistir en la presentación de una oferta sobre papel. En consecuencia, se propuso que la Secretaría revisara la disposición a fin de que previera que las ofertas debieran presentarse con arreglo a lo requerido en

el pliego de condiciones. Se convino asimismo en que se incluyeran en el texto los controles equivalentes a los enunciados en el actual artículo 30.5 b), que exigía que, como criterio de forma, en la oferta figurara un registro de su contenido y que tuviera al menos un grado similar de autenticidad, seguridad y confidencialidad (siempre y cuando los controles no vinieran enunciados en otra parte de la Ley Modelo, sobre todo en relación con las "normas de accesibilidad" enunciadas más arriba). El Grupo de Trabajo observó asimismo que las disposiciones del artículo 27 (Contenido del pliego de condiciones) deberían prever la obligación de la entidad adjudicadora de especificar en dicho documento la forma en que deberían presentarse las ofertas, con remisiones apropiadas a las disposiciones sobre "equivalencia funcional", a fin de englobar todas las formas en que las ofertas pudieran ser presentadas.

48. El Grupo de Trabajo aplazó su examen del texto que acompañaba a la disposición en la Guía para la incorporación al derecho interno (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, párrs. 26 y 27), así como la cuestión de si sería preciso adoptar alguna otra disposición que regulara la modificación de las ofertas, hasta que hubiera finalizado las revisiones del artículo 30.5 a) de la Ley Modelo.

49. Se observó también que tal vez habría que reglamentar de forma concreta la cuestión de las garantías de la oferta, a raíz de la experiencia registrada por ciertas delegaciones y ciertos observadores de que las garantías de la oferta seguían siendo documentos sobre papel y de que tal vez la presentación simultánea con ofertas electrónicas no era posible. Se indicó que se habían rechazado ofertas por no haberse facilitado garantías de las mismas cuando eran requeridas en esas circunstancias. Se pidió a la Secretaría que proporcionara al Grupo de Trabajo más información y propuestas sobre esta cuestión en su siguiente período de sesiones, por ejemplo, sobre si existía alguna práctica conforme a la cual se concediera un breve plazo para la presentación de garantías una vez presentada la oferta (véase también el párrafo 100 *infra*).

9. Apertura de ofertas presentadas por vía electrónica (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, párrs. 28 a 32)

50. El Grupo de Trabajo examinó las cuestiones técnicas que planteaba la apertura de ofertas presentadas por vía electrónica y el grado de detalle con que esas cuestiones deberían tratarse en el texto revisado de la Ley Modelo y de la Guía para la incorporación al derecho interno. El Grupo de Trabajo recordó sus conclusiones anteriores, a saber, que era preciso un equivalente electrónico a la presencia física de los proveedores y contratistas, previsto en el actual artículo 33.2 de la Ley Modelo (A/CN.9/575, párrs. 37 a 42). Se sugirió que los proyectos de párrafos 4 y 5 del artículo 33 se combinaran en un único artículo insertando las palabras "de conformidad con los requisitos del párrafo 2 del artículo 33" antes de las palabras "asistir a la apertura de las ofertas", que figuran en el párrafo 4, y que se suprimiera el párrafo 5.

51. El Grupo de Trabajo aplazó su examen del texto que en la Guía para la incorporación al derecho interno acompañaba a la disposición (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, párr. 32) hasta que hubiera concluido las revisiones del artículo 33.2 de la Ley Modelo.

10. Publicación electrónica de información concerniente a la contratación pública (A/CN.9/WG.I/WP.39 y Add.1)

a) Observaciones generales

52. Se recordó que, al formularse el texto del artículo 5 de la Ley Modelo, el Grupo de Trabajo no conocía lo bastante bien la práctica interna de los Estados en lo concerniente a la accesibilidad por parte de los interesados a la información relativa a todo contrato adjudicable para poder extender el alcance del artículo 5 más allá de los textos jurídicos mencionados en el texto actual de ese artículo. Se podía dejar constancia de una ampliación del alcance del artículo 5 al hacer remisión a "cualquier otra disposición de derecho interno que sea directamente aplicable al proceso de contratación", conforme puede verse en el artículo 27 t) de la Ley Modelo. Se sugirió que tal vez procediera que el Grupo de Trabajo vuelva a examinar el alcance del artículo 5.

53. El Grupo de Trabajo se refirió a la necesidad de obrar con cierta cautela al transponer a un entorno electrónico nociones como las de "publicación" y "actualización sistemática" inicialmente formuladas respecto de una documentación consignada sobre papel. Por ejemplo, ¿cabía entender el requisito de la "actualización sistemática" como referido a una actualización continua de la información para su futura consulta? ¿Debería entenderse que el término "publicación" presuponía un acto único o un proceso continuo de publicación por Internet? Se dijo que todo término utilizado en la versión revisada del artículo 5 debería ser cuidadosamente sopesado a fin de que dicho artículo lograra la finalidad propuesta. Se observó además que el Grupo de Trabajo no debería olvidar, al tratar de dotar de mayor transparencia al proceso de adjudicación, los intereses legítimos de todo Estado de mantener fuera de dominio público ciertas categorías de información (tales como la relativa a la seguridad y la defensa del país).

54. Respecto de la publicación de los textos reglamentarios en el marco de algunos regímenes internos de la contratación pública (A/CN.9/WG.I/WP.39, párrs. 20 a 28), se sugirió que la Guía debería distinguir entre toda información concerniente al contrato por la que la entidad adjudicadora pudiera quedar obligada frente a un proveedor o contratista y la información de índole interna que interesara únicamente a la entidad adjudicadora. Se observó que el requisito de publicidad se aplicaría de modo distinto según cual fuera la categoría de la información. Se respondió, asimismo, que los destinatarios de la información y la forma en que habría de presentarse la información eran menos importantes que el contenido que se había de publicar a fin de que la información abarcara todo aspecto importante de las prácticas y procedimientos de la contratación pública de un país y que fuera de interés para los proveedores. Se mencionó a ese respecto el examen efectuado de una cuestión similar en la Organización Mundial del Comercio (A/CN.9/WG.I/WP.39, párr. 19).

b) Acceso del público a información concerniente a la adjudicación de un contrato - propuestas de revisión del artículo 5 de la Ley Modelo (A/CN.9/WG.I/WP.39 y A/CN.9/WG.I/WP.39/Add.1, párrs. 34 a 39)

55. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición el texto revisado del artículo 5 (A/CN.9/WG.I/WP.39/Add.1, párr. 35) y recordó su propio examen de este artículo durante su séptimo período de sesiones (A/CN.9/575, párrs. 24 a 28).

56. Se observó que el texto revisado se refería a diversas categorías de información: i) textos de índole regulatoria, ii) información concerniente a determinados contratos que se vayan a adjudicar y que deba ser publicada con arreglo a la Ley Modelo, tales como el pliego de condiciones y la notificación de todo contrato adjudicado; y iii) otras categorías de información cuya publicación no se exige en la Ley Modelo, tales como información referente a contratos próximamente adjudicables, y directrices o medidas de control interno (cuya publicación es optativa). Se expresaron pareceres divergentes sobre si procedía regular las tres categorías de información en un único artículo. Se observó que el requisito de publicidad sería probablemente distinto según cuál fuera la categoría de información considerada. Por ejemplo, tal vez esté justificado exigir que se centralice y normalice la publicación de toda información cuya publicidad sea obligatoria con arreglo a la Ley Modelo, mientras que ese requisito sería tal vez oneroso respecto de otras categorías de información.

57. Se sugirió restringir el alcance de la regla del párrafo 1 del artículo 5 a los textos de carácter normativo, como sucedía en el actual artículo 5 de la Ley Modelo, haciendo tal vez una remisión adicional a toda decisión judicial que sea de alcance general a fin de alinear su texto con el correspondiente texto del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio[2].

58. Se pidió cierta cautela a la hora de ampliar el alcance del artículo a otras categorías de información, como pudiera ser a la categoría ii) descrita en el párrafo 56 *supra*. Se estimó que sería mejor tratar los requisitos de publicidad de esa categoría de información en normas de rango reglamentario. Por lo demás, se observó que la reglamentación de esas cuestiones restaría flexibilidad a la Ley Modelo y tal vez diera lugar a que se presentaran quejas posiblemente no justificadas de incumplimiento de alguno de esos nuevos requisitos de publicidad.

59. Por el contrario, se sugirió que el párrafo 2 del artículo 5 se ocupara también de la publicidad que debería darse a la información concerniente a todo contrato que se tuviera previsto adjudicar y que se fusionara esa disposición con la regla concerniente a ese mismo tema enunciada en el párrafo 40 del documento A/CN.9/WG.I/WP.39/Add.1 (véase también el párrafo 62 *infra*).

---

[2] Véase el anexo 4 b) del Acta Final en que se incorporan los resultados de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales en el siguiente sitio de Internet: www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gpr-94_e.pdf, artículo XIX (1).

c) Publicación de información sobre contratos próximamente adjudicables (A/CN.9/WG.I/WP.39/Add.1, párrs. 1 a 17, 38, 40 y 41)

60. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición el artículo revisado dedicado a la publicación de información sobre todo contrato próximamente adjudicable (A/CN.9/WG.I/WP.39/Add.1, párr. 40) y recordó sus deliberaciones sobre este tema en su séptimo período de sesiones (A/CN.9/575, párrs. 29 a 31).

61. El Grupo de Trabajo tomó nota de las ventajas de que se publicara información sobre todo contrato próximamente adjudicable, lo que dotaría de mayor transparencia al proceso de adjudicación, reduciría el número de contratos adjudicados en condiciones "especiales" o de "emergencia", y reduciría, a la vez, el número de contratos adjudicados por métodos menos competitivos. El Grupo de Trabajo examinó asimismo la mayor competitividad y el ahorro que ello supondría al permitir que un mayor número de proveedores estuvieran al corriente de los contratos adjudicables, lo que les permitiría además evaluar mejor su interés en participar y les daría margen para prepararse por adelantado (A/CN.9/WG.I/WP.39/Add.1, párrs. 5 y 41). El Grupo de Trabajo tomó nota de que, con arreglo a algunos regímenes de la contratación pública, la publicación de esa información permitía que la entidad adjudicadora abreviara el plazo mínimo para la recepción de ofertas (A/CN.9/WG.I/WP.39/Add.1, párr. 14).

62. Se expresó en general preferencia por la publicación optativa de la información concerniente a todo contrato público próximamente adjudicable (A/CN.9/WG.I/WP.39/Add.1, párr. 17). Hubo diversidad de pareceres respecto de si procedía que se regulara esta cuestión en la Ley Modelo o en un reglamento. El Grupo de Trabajo convino, a título preliminar, en que se incluyera alguna disposición en la Ley Modelo relativa a los contratos próximamente adjudicables, al tiempo que se fijara algún límite temporal claro para la publicación de ese tipo de información formulado en términos como los de "tan pronto como sea posible".

d) Otros asuntos (A/CN.9/WG.I/WP.39/Add.1, párrs. 18 a 33)

63. El Grupo de Trabajo tomó nota de que la publicación electrónica, además de facilitar el acceso de un mayor número de proveedores o contratistas interesados y del público en general a una información más completa sobre la contratación pública, había dado lugar a ciertas prácticas, a las que no se prestaba la documentación consignada sobre papel, que suscitaban cierta inquietud y que tal vez debieran ser expresamente reglamentadas. Se señaló al Grupo de Trabajo la inquietud que provocaba la publicación o el anuncio por Internet de información concerniente a la contratación pública sin que esa información se centralizara, sistematizara o normalizara en modo alguno, así como la ausencia de toda actualización sistemática de la información anunciada y el cobro de tarifas por el acceso a dicha información. Todo ello podría obstaculizar la obtención de información que, además de ser exacta, fuera útil y necesaria para poder participar en la contratación pública. El Grupo de Trabajo tomó nota de que los reglamentos existentes no resolvían, a menudo, adecuadamente estas y otras cuestiones suscitadas por la publicación por vía electrónica de información concerniente a la contratación pública. Se decidió aplazar el examen de estas cuestiones y tratarlas en un ulterior período de sesiones.

11. La subasta electrónica inversa (A/CN.9/WG.I/WP.40 y Add.1, párrs. 1 a 20)

a) Observaciones generales (A/CN.9/WG.I/WP.40, párrs. 4 a 8)

64. Recordando la solicitud que dirigió a la Secretaría, en su séptimo período de sesiones, de que formulara disposiciones por las que se autorizara el recurso de subasta electrónica inversa (A/CN.9/575, párr. 67), el Grupo de Trabajo tomó nota de los parámetros que enunció al respecto, que eran los siguientes: i) las disposiciones habilitantes deberían autorizar la subasta electrónica inversa como método autónomo de la contratación pública y no como mera fase optativa de algún otro método; ii) deberían enunciar las condiciones generales para el empleo de la subasta electrónica inversa (exigiéndose en particular que se formularan en términos precisos las especificaciones y que los criterios de valoración fueran fáciles de cuantificar objetivamente); y iii) esas disposiciones no deberían excluir ninguna categoría concreta de contrato. Por último, dichas disposiciones deberían formularse a la luz de otros regímenes internacionales de la contratación pública que regularan esta misma cuestión (A/CN.9/575, párrs. 51 a 67).

65. Algunas delegaciones tomaron nota de que convendría reconsiderar la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo, en su séptimo período de sesiones, que dio lugar a la formulación del primer parámetro. Otras delegaciones señalaron que esa decisión se había tomado por estimarse que permitir el recurso a la subasta electrónica inversa como una etapa de algún otro método de adjudicar un contrato debilitaría el principio de que el método de adjudicación preferido, en el marco de la Ley Modelo, era el de la licitación pública. Ahora bien, tras tomar nota de que la difusión de esas subastas en el marco de otros regímenes de la contratación pública hacía obligatorio que la Ley Modelo se ocupara a su vez de ellas, el Grupo de Trabajo convino en que se pasara a examinar el texto de los proyectos de disposición en espera de que se resolviera ulteriormente la cuestión del primer parámetro.

66. El Grupo de Trabajo convino en que la Guía para la incorporación al derecho interno tratara de los beneficios de la participación del mayor número de concursantes posible, aun cuando observó que tal vez no fuera conveniente que los proveedores participaran en una subasta electrónica inversa a través de un representante o por teléfono, ya que ello se prestaba a abusos. Se observó que el empleo de Internet permitiría rastrear el curso del procedimiento, lo que tal vez no fuera posible de utilizarse el teléfono.

b) Condiciones para el empleo de la subasta electrónica inversa (artículo 19 *bis*) (A/CN.9/WG.I/WP.40, párrs. 9 a 17)

67. El Grupo de Trabajo observó que, como cuestión de principio, el proyecto de artículo debería dar margen para la evolución del método de subasta electrónica inversa, por lo que no debería excluir ningún tipo de subasta, manteniéndose a la espera de que se adopte alguna decisión respecto del primer parámetro anteriormente enunciado.

68. Respecto del párrafo 1 del artículo 19 *bis*, que preveía la designación de algún órgano público, distinto de la entidad adjudicadora, que estuviera facultado para aprobar el recurso a la subasta electrónica inversa, algunas delegaciones observaron que la decisión de si la subasta electrónica inversa resultaría un método de adjudicación adecuado en las circunstancias del caso considerado podía resultar

compleja, por lo que la intervención de un órgano que no fuera la propia entidad adjudicadora resultaría provechoso. Ahora bien, se observó que tal vez no resultara posible, en el marco del derecho interno de algunos Estados promulgantes, instituir esa vía facultadora ajena al contrato adjudicado. Otras delegaciones expresaron el parecer de que esa decisión correspondía únicamente a la propia entidad adjudicadora.

69. Respecto del apartado a) del párrafo 1, se observó que la primera cuestión que se había de examinar era la de si procedía adjudicar obras o servicios por medio de la subasta electrónica inversa, dado que la adjudicación de esos contratos solía ser compleja por naturaleza, al requerir el empleo de criterios de valoración cualitativos, y la experiencia había además enseñado que el recurso a la subasta electrónica inversa para la adjudicación de esos contratos podría haberse prestado a abusos y a desaciertos.

70. Respecto de las obras, se observó que algunos contratos de obras (tales como la pavimentación de una carretera) no resultaban complejos de adjudicar y que los avances de la tecnología podrían dar lugar a que lo que hoy resultaba complejo no lo fuera en el futuro. En sentido contrario, se observó que para que funcionara bien una subasta electrónica inversa y asegurar que cada concursante pudiera ofrecer un precio realista y que se obtuviera la mejor oferta, los concursantes deberían poder definir la estructura presupuestaria de su oferta con todo detalle. Los principales contratistas que participaran en una subasta de obras de cierta complejidad no dispondrían de todos los datos requeridos, especialmente en lo concerniente a toda parte de la obra que fuera a ser subcontratada. Ello daría lugar a la oferta de precios artificiales. Se observó además que esta práctica daría también lugar a que a mediano plazo, las pequeñas y medianas empresas pudieran verse excluidas del proceso de adjudicación en favor de los grandes contratistas.

71. En lo referente a la adjudicación de servicios, se observó que pese a que algunos servicios pudieran ser especificados con precisión y se prestaran a una valoración puramente objetiva, la categoría de servicios designada por el nombre de servicios intelectuales no resultaría adjudicable por este procedimiento.

72. Se observó que en algunos países se autorizaba el recurso a la subasta electrónica inversa sobre la base de una lista o catálogo de contratos adjudicables por este procedimiento.

73. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo decidió que no procedía excluir ni las obras ni los servicios en su totalidad del régimen aplicable a la subasta electrónica inversa, en espera de que se estudiara más en detalle qué categorías de contratos se prestaban a ser adjudicados por medio de una subasta electrónica inversa.

74. En lo relativo al texto del apartado a) del párrafo 1, se convino en suprimir las palabras “y exactas” y el texto “con objeto de que se pueda homogeneizar el proceso de contratación”.

75. En lo concerniente al párrafo 1 b), se observó que la finalidad de esta disposición era velar por que se recurriera a la subasta electrónica inversa en el marco de un mercado competitivo, pero que no procedía fijar el número requerido de proveedores o contratistas para que un mercado fuera considerado competitivo. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo decidió suprimir las palabras “de por lo

menos [diez]" y reformular dicho texto para que dispusiera que el número de proveedores deberá ser suficiente para que la competencia sea real.

76. En lo que respecta al párrafo 1 c), se convino en que la principal cuestión que se había de examinar era la de si el precio bastaría por sí solo para evaluar la oferta, o si se había de someter a subasta otros criterios de valoración, además del precio. Algunas delegaciones consideraron que solo debería subastarse el precio, lo que aseguraría la transparencia del proceso. Otras delegaciones indicaron que permitir que se subastaran otros criterios distintos del precio permitiría, por ejemplo, que se valoraran cuestiones técnicas (tales como el consumo de energía y otros factores que tal vez fueran más difícilmente cuantificables), y observaron que, en todo caso, se habría de dar a conocer, en el pliego de condiciones, el coeficiente de ponderación otorgado a esos criterios.

77. Otras delegaciones indicaron que todo criterio distinto del precio que se utilizara en la valoración debería, en todo caso, ser cuantificable y susceptible de evaluación objetiva, a fin de preservar la transparencia del proceso y de no menoscabar las eventuales ventajas de la subasta. Algunas delegaciones recalcaron que el requisito de que todo criterio utilizado fuera cuantificable significaba que debería ser fácil y objetivamente cuantificable.

78. El Grupo de Trabajo pasó a examinar el enfoque funcional del texto, y observó que el disponer que toda subasta debería versar únicamente sobre elementos que pudieran ser definidos con precisión y cuyos criterios de valoración distintos del precio fueran objetivamente cuantificables, excluiría de por sí ciertas categorías de obras y de servicios que, a tenor de esas condiciones, no se prestaban a las subastas electrónicas inversas. Ahora bien, se observó también que esa formulación no resolvería la cuestión de las estructuras presupuestarias o de costos difíciles de precisar que se mencionó anteriormente en el párrafo 70. Por otra parte, se señaló al Grupo de Trabajo que el tener que redactar dicho texto en términos que excluyeran "las obras" y "los servicios" suscitaría graves dificultades de definición, por lo que la solución tal vez radicaría en dejar esos términos en el texto y en impartir orientación pertinente al respecto en la Guía para su incorporación al derecho interno. Se convino en que la solución que se diera a la cuestión suscitada por los criterios de valoración determinaría también la complejidad de la subasta electrónica inversa, por lo que el Grupo de Trabajo decidió proseguir sus deliberaciones al respecto en su siguiente período de sesiones.

79. Con respecto al texto del párrafo 1 c), se convino en suprimir las palabras "productos estándar" y "productos básicos", pero dejando el resto del texto como estaba en espera de que el Grupo de Trabajo concluyera su examen de las cuestiones anteriormente indicadas.

80. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisara el texto para su inserción en la Ley Modelo y que efectuara toda modificación que procediera, teniendo en cuenta lo anteriormente dicho, en el texto de la Guía para su incorporación al derecho interno.

c) Período anterior a la subasta (artículo 47 *bis*) (A/CN.9/WG.I/WP.40, párrs. 18 a 25)

81. El Grupo de Trabajo señaló que no sería posible finalizar sus deliberaciones sobre el texto del proyecto de artículo 47 *bis* (A/CN.9/WG.I/WP.40, la sección a continuación del párrafo 20) mientras no se hubieran resuelto las cuestiones relativas a las condiciones de utilización de las subastas electrónicas inversas enunciadas en los párrafos 65 a 80 *supra*. También se puso de relieve la conveniencia de que las disposiciones se mantuvieran redactadas de la forma más concisa posible.

82. Se observó que la finalidad de las disposiciones era evitar restricciones de la competencia, de modo que se cumplieran las disposiciones que rigen los procedimientos de convocatoria a licitación, salvo cuando las ofertas presentadas, y su evaluación, fueran "iniciales". Se afirmó que, en este contexto, por "iniciales" cabía entender que todos los criterios se presentarían y evaluarían frente a los criterios de selección estipulados de la forma normal, pero que el precio (y todo otro criterio que se determinara a través de la subasta) se presentaría en la subasta electrónica inversa, a fin de determinar el proveedor ganador de la licitación.

83. Se señaló que el texto propuesto permitía restringir el número de participantes invitados a participar en la subasta, y que en la Guía para la incorporación al derecho interno debería indicarse que las condiciones de utilización para las licitaciones restringidas normalmente no serían aplicables a los procesos de contratación pública que fueran aptos para la realización de una subasta electrónica inversa. En consecuencia, se consideró que, en circunstancias normales, no debería restringirse el número de participantes, salvo cuando así se determinara en la evaluación inicial antes mencionada.

84. Se observó que en el párrafo 4 del proyecto de artículo, en particular, se requería al Grupo de Trabajo que examinara los modelos de subastas electrónicas inversas que habían de preverse. Se recordó que el Grupo de Trabajo, en su séptimo período de sesiones, había examinado dos modelos de este tipo de subastas, las cuales podían estar previstas en el texto. En el modelo 1, se presentarían en la subasta propiamente dicha todos los aspectos de la licitación que hubiera que comparar para seleccionar al proveedor ganador, y que podían ser únicamente el precio. En el modelo 2, habría una evaluación previa de todos los elementos de la oferta inicial o de aquellos que no se presentarían en la subasta, y se proporcionaría a los proveedores información sobre la puntuación de sus respectivas ofertas basada en la evaluación inicial. Todos los criterios de evaluación se combinarían en una fórmula matemática, que reordenaría los niveles de puntuación de los concursantes al presentarse cada oferta durante la subasta propiamente dicha. En los dos modelos, el proveedor ganador quedaría determinado en la subasta (a diferencia de lo que ocurriría si se aplicaran otros modelos posibles, que el Grupo de Trabajo había decidido provisionalmente no tratar en la Ley Modelo).

85. Por lo que respecta al modelo 2, ciertas delegaciones estimaron que resultaba difícil entender de qué manera podían incluirse en el procedimiento los criterios no cuantificables, pues cabía considerar que dichos criterios minaban la lógica del procedimiento en sí. Se observó asimismo que cabía la posibilidad de que los proveedores mejor puntuados, cuyos costos de producción fueran más altos que los

de los proveedores con una puntuación inferior, ofrecieran precios bajos e irrealistas durante la subasta, con el consiguiente riesgo de comportamiento abusivo. Se observó que ese riesgo podía obviarse si se permitía únicamente presentar el precio sujeto a la subasta, y no otros criterios, lo cual equivaldría a una versión restringida del modelo 1.

86. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que formulara dos posibles variantes de disposición para regular el período anterior a la subasta, uno de ellos basado en el modelo 1, y otro, en el modelo 2, señalando que la cuestión principal que había de examinarse era la de si en las subastas electrónicas inversas deberían incluirse criterios distintos del precio que fueran cualitativos y no cuantificables. El Grupo de Trabajo decidió que sería apropiado no examinar el texto de la Guía para la incorporación al derecho interno ni el de los proyectos de reglamento hasta que se hubiera examinado el proyecto de texto de la Ley Modelo, en su forma revisada.

d) Fase de la subasta (artículo 47 *ter*) (A/CN.9/WG.I/WP.40, párrs. 26 a 35)

87. Se observó que el Grupo de Trabajo no estaría en condiciones de concluir sus deliberaciones sobre el texto propuesto del artículo 47 *ter* (A/CN.9/WG.I/WP.40, la sección a continuación del párrafo 27) hasta que se hubieran resuelto las cuestiones antes mencionadas. No obstante, el Grupo de Trabajo preparó un comentario preliminar sobre el texto, que figura a continuación.

88. Por lo que respecta al apartado b) del párrafo 1, se señaló que deberían suprimirse la palabra “proporcionará” y las frases optativas “si tiene la mayor puntuación en la subasta” y “como para determinar los cambios que se han de introducir en cualquier oferta a fin de que obtenga la mayor puntuación en la subasta”.

89. Respecto del párrafo 2, se propuso que el texto que seguía a las palabras “o en la convocatoria”, es decir, los apartados a) y b), en los que se trataban cuestiones de procedimiento que podrían abordarse en reglamentos o en la Guía para la incorporación al derecho interno, fuera suprimido del proyecto de texto.

90. En relación con el apartado c) del párrafo 2, se sugirió que dejara de ser un apartado y pasara a ser un párrafo.

91. Por lo que respecta al párrafo 3, se sugirió que la entidad adjudicadora pudiera verse obligada a poner fin a la subasta electrónica inversa, dadas las circunstancias mencionadas en el párrafo, y por ello se propuso que se agregaran en el párrafo las palabras “o a poner fin a” después de la palabra “suspender” (y que esta cuestión se tratara con detalle en la Guía).

92. Respecto del párrafo 6, se señaló que la segunda parte del párrafo preveía las variantes posibles en el supuesto de que el concursante ganador no cerrara el trato de contratación pública. Entre esas posibilidades figuraban la de que se celebrara una nueva subasta electrónica inversa, la de que se adjudicase el contrato al segundo ofertante con la mejor puntuación después del que había ganado la licitación (con la indicación de que no sería necesariamente posible determinar cuál era el segundo ofertante mejor puntuado) y la de permitir negociaciones con otros concursantes. Se observó también que cuando, en virtud de las reglas, se adjudicara el contrato al segundo concursante conforme a la puntuación, se habían observado en la práctica casos en que un concursante presentaba una oferta artificialmente baja pero

ganadora, a sabiendas de que el segundo concursante mejor puntuado obtendría el contrato. El Grupo de Trabajo convino en examinar esta cuestión con más detenimiento en un futuro período de sesiones.

93. El Grupo de Trabajo decidió que sería apropiado estudiar el texto de la Guía y el de todo proyecto de reglamento una vez que se hubiera revisado el proyecto de texto de la Ley Modelo de conformidad con los puntos señalados, pero por de pronto observó que el texto de la Guía y el de todo proyecto de reglamento debería redactarse de manera tal que se evitara en la medida de lo posible que resultara obsoleto.

e) Revisiones de la Ley Modelo para que puedan realizarse subastas electrónicas inversas (A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, párrs. 1 a 20)

94. Con respecto a las revisiones propuestas del artículo 11 de la Ley Modelo (Expediente del proceso de contratación) (A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, párr. 3), se sugirió que el texto propuesto del apartado i) *bis* del párrafo 1 del artículo se sustituyera por el siguiente enunciado: "[e]n todo proceso de adjudicación en el que se utilice un método de contratación previsto en el artículo 19 *bis*, una declaración a tal efecto", a fin de armonizarlo con el enunciado de otras partes del mismo artículo.

95. No se hicieron observaciones sobre las revisiones propuestas del artículo 18 de la Ley Modelo (Métodos de contratación) (A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, párr. 4).

96. Con respecto a las revisiones propuestas del artículo 25 (Contenido de la convocatoria a licitación o a precalificación) y del artículo 27 (Contenido del pliego de condiciones) (A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, párrs. 6 y 7, respectivamente), se sostuvo que la referencia a "licitaciones" pudiera ser inapropiada, dado que ese término tenía, en el capítulo III de la Ley Modelo, un significado y un alcance considerablemente concretos y más amplios que en las subastas electrónicas inversas. Se sugirió también que se sustituyera el término "apertura" por "inicio", dado que el primero tenía, en los procesos de contratación pública, connotaciones particulares.

97. Se estimó que se debía volver a examinar, para hacer más detalladas, las revisiones propuestas del artículo 27; concretamente, las disposiciones que no requirieran reglamentación en la Ley Modelo deberían trasladarse a un reglamento o a la Guía. Se puso en tela de juicio la necesidad del texto del inciso i) del apartado n) *bis*, por estimarse que su contenido ya estaba englobado por el apartado q) del mismo artículo. En el inciso v) del apartado n) *bis* se sugirió que las palabras "oferta evaluada como más baja" fueran sustituidas por las palabras "oferta económicamente más ventajosa" (tal como se enuncia en el artículo 53 de la directiva 2004/18/CE de la UE sobre contratación pública), puesto que la primera expresión podría entenderse como la "oferta con el precio más bajo". No obstante, a juicio del Grupo de Trabajo, el significado de la expresión "oferta evaluada como más baja", empleada en la Ley Modelo (véase en particular el artículo 34.4 b) ii)) correspondía al de la expresión "oferta económicamente más ventajosa". En respuesta a una pregunta, se confirmó que los apartados a) a n) del artículo 27, incluidas las disposiciones sobre el tratamiento de las variantes enunciadas en el apartado g), serían aplicables en el contexto de las subastas electrónicas inversas y

que, cuando fuera necesario, en la Guía se explicaría el modo en que dichas disposiciones funcionaban en ese contexto.

98. No se hicieron observaciones sobre las revisiones propuestas del artículo 28 de la Ley Modelo (Aclaraciones y modificaciones del pliego de condiciones) (A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, párr. 11).

99. El Grupo de Trabajo reconoció la relación que las revisiones propuestas del artículo 31 (Plazo de validez de las ofertas: modificación y retirada de las ofertas), (A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, párr. 12) guardaban con las disposiciones que regulaban la cancelación y suspensión de subastas electrónicas inversas, reguladas en el proyecto de artículo 47 *ter* (véase el párrafo 91 *supra)*, y con las disposiciones relativas a las garantías de las ofertas, abordadas en las revisiones propuestas del artículo 32 (véase el párrafo siguiente). Se observó asimismo que si los proveedores pudieran retirar sus ofertas antes de la subasta electrónica inversa, habría que estudiar las repercusiones sobre el nivel de competencia que se requeriría para que la subasta fuera eficaz. Se pidió a la Secretaría que se ocupara de esta cuestión al revisar los proyectos de disposición.

100. Con respecto a las revisiones propuestas del artículo 32 de la Ley Modelo (Garantía de la oferta) (A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, párr. 13), el Grupo de Trabajo observó que permitir garantías de la oferta en el contexto de las subastas electrónicas inversas podría ser problemático, porque en general los bancos vendían los documentos de garantía a un precio fijo. Se observó que hasta la fecha no se había acumulado en el mundo una gran experiencia sobre la utilización de las garantías de ofertas en subastas electrónicas inversas y que las prácticas seguidas actualmente eran sumamente diversas (A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, párr. 13, donde se analiza el artículo 32 de la Ley Modelo (Garantía de la oferta)). Se afirmó también que al menos en un ordenamiento jurídico se desconocía por completo la utilización de garantías de las ofertas en subastas electrónicas inversas. A juicio de una delegación, sería, por lo tanto, difícil para el Grupo de Trabajo formular reglas estrictas sobre esa cuestión. Se sugirió que en la Guía se indicara que las prácticas podían seguir evolucionando a medida que se fuera acumulando experiencia pertinente. El Grupo de Trabajo aplazó el examen de las revisiones propuestas y pidió a la Secretaría que le presentara, en su siguiente período de sesiones, un estudio sobre las experiencias prácticas registradas con la utilización de garantías de las ofertas en el contexto de las subastas electrónicas inversas.

101. Respecto de las revisiones propuestas del artículo 34 de la Ley Modelo (Examen, evaluación y comparación de las ofertas) (A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, párrs. 14 a 17), se señaló que la adición propuesta al final del apartado a) del párrafo 1 podía dar pie a que una oferta que no reuniera los requisitos fuera enmendada y pasara a ser aceptable. Por consiguiente, se sugirió que se formulara de otro modo esa adición a fin de que las ofertas que fueran a presentarse en las subastas solo pudieran enmendarse una vez presentada la oferta inicial.

102. Se pidió a la Secretaría que, al enmendar los artículos, no desvirtuara la forma en que se regulaban en la Ley Modelo otros métodos de contratación pública, que utilizara cuidadosamente la terminología para evitar confusiones y que procurara evitar repeticiones, especialmente teniendo en cuenta el principio de la "equivalencia funcional". Al mismo tiempo, se reconoció que el enunciado definitivo de esas disposiciones dependería de la solución de la cuestión aún

pendiente, a saber, la de si en la Ley Modelo habría que tratar las subastas electrónicas inversas como método de contratación separado o como una fase de los procesos de licitación.

f) Lugar de inserción de las disposiciones sobre las subastas electrónicas inversas

103. Se sugirió que todas las disposiciones relativas a las subastas electrónicas inversas se abordaran juntas en una sección aparte, ya sea dentro del capítulo V o como capítulo V *bis*, en vez de figurar repetidamente en cada revisión de los artículos pertinentes de la Ley Modelo. Según se argumentó, con ello se determinaría qué disposiciones deberían permanecer en la Ley Modelo y cuáles deberían estar sujetas a un reglamento o ser tratadas en la Guía; con ello se conseguiría también que las disposiciones pertinentes de la Ley Modelo fueran más practicables y claras para el usuario. Otra delegación sugirió que en una parte separada de la Ley Modelo figuraran únicamente las disposiciones relativas a las subastas electrónicas inversas que se apartaran de las disposiciones enunciadas en otras partes de la Ley Modelo y que, a fin de evitar repeticiones, cuando fuera necesario, se hicieran remisiones.

104. Esta sugerencia suscitó una objeción, pues se consideró que presuponía que la cuestión de si las subastas electrónicas inversas eran consideradas un método aparte o una fase en otros métodos de contratación ya se había resuelto en favor de la primera solución. Se respondió que las disposiciones podrían redactarse de modo que englobaran ambas opciones.

105. También se expresó la reserva de que tal vez habría que introducir enmiendas adicionales para tener en cuenta que el principio de la "equivalencia funcional" permitía todo tipo de contratación electrónica y no solo las subastas electrónicas inversas. Algunas delegaciones sugirieron que la Secretaría adoptara el método de enmendar cada uno de los artículos pertinentes de la Ley Modelo y de perfeccionar las propuestas que figuraban en el documento A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1. También se señaló al Grupo de Trabajo el hecho de que, al evolucionar constantemente las soluciones tecnológicas y al introducirse estas en los procesos de contratación, sería difícil enmarcar las subastas electrónicas inversas en una estructura fija, por lo que debería mantenerse al respecto un nivel suficiente de flexibilidad. Se observó que habría que proceder con cautela a la hora de adoptar una decisión final sobre la cuestión de la estructura y que era necesario centrarse ante todo en la solución de las cuestiones sustantivas.

12. Ofertas anormalmente bajas (A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, párrs. 21 a 29)

106. Las delegaciones discreparon sobre la cuestión de si las disposiciones sobre las ofertas anormalmente bajas deberían figurar en la Ley Modelo. Por una parte, se apoyó vehementemente la inclusión de dichas disposiciones en la Ley Modelo. Se argumentó que, al examinar las ofertas, las entidades adjudicadoras deberían poder pedir una justificación de los precios si sospechaban que las ofertas eran anormalmente bajas. Se observó que, de no ser así, se correría el riesgo de perturbar gravemente el proceso de contratación. No solo existía un riesgo de abuso sino que además la experiencia registrada particularmente en el sector de la construcción indicaba que las empresas que presentaban ofertas anormalmente bajas tendían ulteriormente a utilizar todos los medios posibles para impugnar el procedimiento

de contratación y a mejorar las condiciones del contrato, con la subsiguiente presión al alza del precio del contrato. No sería suficiente abordar la cuestión en la Guía. Se observó también que el Grupo de Trabajo debía examinar el problema de las ofertas anormalmente bajas en el contexto más amplio del orden público, dado que la presentación de este tipo de ofertas estaba a menudo vinculada a actos delictivos (por ejemplo, el blanqueo de dinero) o a prácticas ilegales (como el incumplimiento de las normas sobre los salarios mínimos y las obligaciones de seguridad social). Se observó asimismo que donde existieran esas obligaciones, toda oferta anormalmente baja cuyo precio no permitiera el pago de los salarios mínimos ni el cumplimiento de las obligaciones de seguridad social podía considerarse clara y objetivamente baja.

107. En cambio, algunos delegados opinaron que en la Ley Modelo no debería figurar ninguna disposición expresa al respecto porque: i) en la práctica, si se daba a las entidades adjudicadoras el derecho a rechazar ofertas por considerar anormalmente bajos los precios de las ofertas, se daría pie a abusos (las ofertas podrían rechazarse sin justificación por ser anormalmente bajas); ii) la decisión de considerar una oferta anormalmente baja podía depender de un criterio muy subjetivo, especialmente en la contratación pública internacional; y iii) había otras formas de resolver el problema de este tipo de ofertas. Además, se observó que, si bien la subjetividad podía ser muy obvia en la contratación pública internacional, pues lo que pudiera parecer un precio anormalmente bajo en un país podría ser totalmente normal en otro, en el contexto de la contratación pública nacional, las técnicas de vender existencias viejas por debajo de su costo o a precio de costo con el fin de mantener la mano de obra ocupada eran legítimas. En tales casos, los precios, por lo tanto, podían ser bajos, pero no anormalmente bajos. En consecuencia, y en vez de regular la cuestión en la Ley Modelo, se sugirió que en la Guía se diera orientación a los Estados con un texto del siguiente tenor: “Si un Estado promulgante opta por introducir el derecho de la entidad adjudicadora a rechazar ofertas por considerar los precios de las ofertas anormalmente bajos, el Estado deberá adoptar un procedimiento que impida las decisiones arbitrarias y las prácticas abusivas”. Se sostuvo que este enfoque sería preferible, habida cuenta del hecho de que los bancos multilaterales de desarrollo no aceptaban el rechazo de ofertas por ser considerado su precio anormalmente bajo.

108. En respuesta a algunas de esas objeciones, se argumentó que los riesgos de incumplimiento del contrato se verían mitigados por la debida aplicación de los artículos 6 (Condiciones exigibles a los proveedores o contratistas) y 32 (La garantía de la oferta) de la Ley Modelo, que permitirían evaluar las cualificaciones del proveedor y los recursos disponibles para cumplir el contrato. Se hizo especial hincapié en los criterios de calificación que los proveedores debían cumplir para poder participar en los procesos de contratación enumerados en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 6, tales como las calificaciones profesionales y técnicas y los recursos financieros. Se señaló asimismo que el temor a posibles abusos del procedimiento para resolver el problema de las ofertas anormalmente bajas podría paliarse si se establecían salvaguardias que aseguraran la transparencia y la claridad, por ejemplo, indicando en el pliego de condiciones que podría realizarse un análisis de realismo de precios si se sospechara que el precio de la oferta era anormalmente bajo. También cabría mejorar la objetividad del proceso si las entidades adjudicadoras tuvieran que comparar los precios recibidos con las estimaciones previas a la licitación basadas en los precios del mercado. Por último,

se observó que, al examinarse ofertas que posiblemente eran ofertas anormalmente bajas, se comprobaría que eran ofertas que no cumplían los requisitos y que, como tales, habrían de ser rechazadas.

109. El Grupo de Trabajo decidió proceder con el criterio de que habría que incluir en la Ley Modelo algunas disposiciones mínimas que se complementaran en la Guía con un análisis detallado, en particular en lo relativo a las salvaguardias necesarias para prevenir las decisiones arbitrarias y las prácticas abusivas. Se pidió a la Secretaría que, al preparar las disposiciones revisadas, recurriera a las siguientes consideraciones: i) habría que permitir a las entidades adjudicadoras rechazar las ofertas anormalmente bajas, pero no habría que obligarlas a hacerlo; ii) la introducción en la Ley Modelo de la posibilidad de evaluar los precios de las ofertas sobre la base del costo y no del precio (obsérvese que los proyectos de texto que examina el Grupo de Trabajo se basan en la evaluación de un precio) no era deseable porque la evaluación de los costos era engorrosa y complicada; iii) cuando se sospechara que una oferta era anormalmente baja, únicamente la entidad adjudicadora podría actuar y ningún tercero debería poder hacerlo, y la evaluación de la oferta debería llevarse a cabo de forma puramente objetiva; y iv) era importante poder reaccionar ante posibles ofertas anormalmente bajas antes de que se celebrara el contrato pertinente, puesto que las medidas adoptadas posteriormente podrían propiciar precios aún superiores y perturbar el proceso de contratación.

110. Por lo que respecta a los cambios propuestos en el artículo 34 (A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, párrs. 23 y 26), según la opinión general: i) debería suprimirse la adición propuesta al artículo 34.4 b) (A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, párr. 23), a fin de que la cuestión de la calificación no se confundiera con la evaluación de las ofertas. Sin embargo, el Grupo de Trabajo consideró que el principio enunciado en el proyecto de adición podría incluirse en el texto propuesto para el artículo 34.3 d) *bis* (A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, párr. 26); ii) el texto propuesto para el artículo 34.4 b) debería enmendarse de modo que dispusiera que antes de que una entidad adjudicadora pudiera rechazar una oferta por considerar su precio anormalmente bajo, la entidad adjudicadora tuviera que seguir determinados procedimientos, tales como los que figuran enunciados en el proyecto de artículo 34.3 d) *bis*; y iii) debería suprimirse, en el proyecto de artículo 34.3 d) *bis*, la frase que figura en la parte introductoria: “por lo que suscite inquietud respecto de la aptitud del ofertante para cumplir el contrato”.

111. Se pidió a la Secretaría que, al proponer el texto revisado de la Guía para la incorporación al derecho interno, tuviera en cuenta todas estas cuestiones.

B. Nota de la Secretaría sobre posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios, presentada al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su octavo período de sesiones

(A/CN.9/WG.I/WP.38 y Add.1) [Original: inglés]

ÍNDICE

Párrafos

I. Introducción 1-3

II. Orientación impartida por el Grupo de Trabajo para la revisión del texto de la Ley Modelo o de su Guía para la incorporación al derecho interno para facilitar el recurso a la vía electrónica en la contratación pública 4-23

A. Alcance e importancia de las revisiones de la Ley Modelo y de su Guía para la incorporación al derecho interno 4-13

1. Observaciones generales 4-11

2. Fase de ejecución y administración del contrato adjudicado. 12-13

B. Principios y criterios de política legislativa general aplicables al empleo de la tecnología y de la vía electrónica en la contratación pública: interacción con la normativa legal aplicable al comercio electrónico y otras ramas del derecho 14-23

1. Observaciones generales 14-19

2. Textos insertables en la Guía para la incorporación al derecho interno concernientes al empleo de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública 20-23

a) Observaciones generales 20-23

b) Texto propuesto . . . . . .

i) Texto introductorio de las disposiciones concernientes al empleo de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública . . . . . .

ii) Interacción del marco legal de la contratación electrónica con el marco legal del comercio electrónico . . . . . .

iii) Criterios para posibilitar el empleo de las comunicaciones electrónicas en el marco del texto revisado de la Ley Modelo . . . . . .

III. Proyecto de texto propuesto para la versión revisada de la Ley Modelo de la Contratación Pública con miras a dar acceso al empleo de la vía electrónica en el proceso de contratación 24-32

A. Equivalencia funcional de todo método utilizable para comunicar, publicar, intercambiar o archivar información o documentos 24-29

1. Observaciones generales 24

2. Nuevo texto propuesto para la Ley Modelo: artículo 4 *bis* relativo a la equivalencia funcional. 25

3. Comentario 26-29

B. Normas de accesibilidad 30-32

1. Nuevo texto propuesto para su inserción en la Ley Modelo: artículo 5 *bis*, concerniente a las normas de accesibilidad 30

2. Comentario 31

3. Texto propuesto para la nueva versión de la Guía para la incorporación al derecho interno relativo al artículo 4 *bis* o 5 *bis* de la Ley Modelo, concerniente a las normas de accesibilidad. 32

I. Introducción

1. Los antecedentes de la labor en curso del Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) encaminada a la revisión de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (la "Ley Modelo de la Contratación Pública" o "Ley Modelo")[1] pueden verse descritos en los párrafos 5 a 33 del documento A/CN/WG.I/WP.37, que se somete igualmente al examen del Grupo de Trabajo en el actual período de sesiones. La tarea principal del Grupo de Trabajo será la de actualizar y revisar la Ley Modelo, conforme sea necesario, para tener en cuenta las nuevas prácticas introducidas en la contratación pública, particularmente en lo concerniente al creciente empleo de la tecnología electrónica y de las comunicaciones intercambiadas por dicha vía.

2. En su séptimo período de sesiones (Nueva York, 4 a 8 de abril de 2005), el Grupo de Trabajo examinó los siguientes temas: publicación y comunicación por vía electrónica de información concerniente a la contratación pública, otras cuestiones dimanantes de la utilización de dicha vía en la contratación pública (tales como el control ejercible sobre su utilización), y la problemática suscitada por la subasta electrónica inversa y por la denominada oferta anormalmente baja (véase A/CN.9/575). El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara algunos textos sobre estos temas para que pudiera examinarlos durante su octavo período de sesiones, junto con un estudio comparativo de la práctica actual de los acuerdos marco (A/CN.9/568, párr. 78 y A/CN.9/575, párr. 9).

[1] Véase el texto de la Ley Modelo en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17* y corrección (A/49/17 y Corr.1), anexo I (publicado también en el *Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, vol. XXV:1994 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.95.V.20), tercera parte, anexo I. La Ley Modelo está también disponible en formato electrónico en el sitio web de la CNUDMI www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/procurement_infrastructure/1994/Model.html).

3. En el presente documento se someten al Grupo de Trabajo algunos proyectos de texto reguladores del empleo de la vía electrónica en la contratación y se examina el control ejercible sobre dicho empleo. En otros documentos de trabajo se presentarán proyectos de texto sobre la publicación por vía electrónica de información concerniente a la contratación, así como sobre la subasta electrónica inversa y la presentación de ofertas anormalmente bajas (A/CN.9/WG.I/WP.39 y A/CN.9/WG.I/WP.40, respectivamente). Conforme fue solicitado también por el Grupo de Trabajo en su séptimo período de sesiones, la Secretaría se ocupará de la problemática de los acuerdos marco en otros dos documentos de trabajo (A/CN.9/WG.I/WP.41 y A/CN.9/WG.I/WP.42).

II. Orientación impartida por el Grupo de Trabajo para la revisión del texto de la Ley Modelo o de su Guía para la incorporación al derecho interno para facilitar el recurso a la vía electrónica en la contratación pública

A. Alcance e importancia de las revisiones de la Ley Modelo y de su Guía para la incorporación al derecho interno

1. Observaciones generales

4. El Grupo de Trabajo reiteró que todo principio rector de la contratación pública que se enunciara debería figurar en la propia Ley Modelo revisada, mientras que toda orientación concerniente a su aplicación debería enunciarse en su Guía adjunta (A/CN.9/568, párr. 24, A/CN.9/575, párr. 11).

5. Este enfoque confirma el ya seguido en la preparación de la Ley Modelo y de su Guía, aprobadas en 1994. En el párrafo 12 de la Guía, bajo el epígrafe "Una ley 'marco' destinada a ser completada por un reglamento", se dice lo siguiente:

> "*La Ley Modelo tiene por objeto enunciar todos los procedimientos y principios básicos para llevar a buen término el proceso de contratación en las diversas circunstancias en las que pueda encontrarse la entidad adjudicadora. No obstante, se trata de una ley 'marco' que no enuncia por sí sola todas las reglas necesarias para aplicar esos procedimientos en la práctica. Por consiguiente, la Ley Modelo ha previsto que el Estado promulgante dicte un 'reglamento de la contratación pública' para pormenorizar los procedimientos de cada uno de los métodos autorizados por la Ley Modelo a la luz de las circunstancias peculiares y tal vez variables de ese Estado, pero sin merma alguna de los objetivos de la Ley Modelo.*"

6. Al considerar cuál sería el alcance de las revisiones que se habían de hacer al texto de la Ley Modelo, el Grupo de Trabajo tuvo en cuenta sus dos metas paralelas de actualizar y simplificar su texto dotándole de mayor precisión, pero sin perder de vista el efecto de esas revisiones sobre el derecho interno de aquellos países que hubieran ya adoptado el régimen de la Ley Modelo (A/CN.9/575, párr. 10). Por ello, el Grupo de Trabajo expresó su deseo de que no se revisara el texto actual de la Ley Modelo más allá de lo que fuera necesario para alcanzar esas metas.

7. En el párrafo 7 de la Guía, bajo el epígrafe "Finalidad de la presente Guía", se dice que:

> "*En la información presentada en la Guía se explica cómo las disposiciones incluidas en la Ley Modelo constituyen los rasgos mínimos esenciales de un régimen moderno de la contratación pública destinado a alcanzar los objetivos enunciados en el Preámbulo de la Ley Modelo. Esa información puede ayudar también a los Estados a seleccionar aquellas de las opciones ofrecidas por la Ley Modelo que más les convengan y a determinar si existe alguna disposición de la Ley Modelo que deberán modificar en razón de alguna circunstancia nacional particular ... habida cuenta de que la Ley Modelo es una ley 'marco' que proporciona la estructura mínima de un régimen básico que deberá ser complementado por un reglamento de la contratación pública, la Guía describe y examina ciertas cuestiones que convendría regular por una norma de rango reglamentario y no legal.*"

8. Respecto de la índole y del grado de pormenorización de la orientación impartida, el Grupo de Trabajo señaló la importancia, en lo concerniente a la contratación por vía electrónica, de que las directrices impartidas por la CNUDMI sirvieran para dotar de cierta coherencia a los reglamentos aplicables en los diversos países. El Grupo de Trabajo expresó asimismo su inquietud de que, de lo contrario, se introdujeran prácticas divergentes reñidas con el principio de uniformidad de la Ley Modelo (A/CN.9/575, párr. 61).

9. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar, por ello, la conveniencia de ampliar el alcance de la Guía para que, no solo cumpla las funciones enunciadas en el anterior párrafo 7, sino que responda también la inquietud expresada en el párrafo 8. El Grupo de Trabajo tal vez considere oportuno que la Guía detalle en cierta medida la reglamentación que conviene que todo Estado promulgue al autorizar la vía electrónica en el ámbito de la contratación pública (A/CN.9/568, párr. 38). De utilizarse la Guía para dicho fin tal vez proceda utilizar un lenguaje más prescriptivo que el empleado en el texto actual (véase párr. 23 *infra*). De obrarse así, tal vez proceda que la Guía deje además cierto margen para que los procedimientos que recomienda puedan ser adaptados a todo nuevo avance de la tecnología o de las prácticas de negociación.

10. A fin de facilitar la labor de los encargados de la contratación pública, el Grupo de Trabajo tal vez desee que la Guía se ocupe de cuestiones con las que acostumbra a tropezar la entidad adjudicadora en su condición de parte contratante en el contrato adjudicado. A este respecto, la Cámara de Comercio Internacional (CCI) ha publicado una Guía de la CCI para la contratación electrónica y las Cláusulas contractuales 2004 de la CCI para el comercio electrónico[2], cuya finalidad es dotar de mayor certeza jurídica a los contratos negociados por vía electrónica. Por ello, pese a no ser del ámbito estricto de la Ley Modelo, tal vez proceda que el Grupo de Trabajo considere la conveniencia de que se haga una alusión a toda otra publicación que examine estas cuestiones, como pudiera ser el caso de la Guía de la CCI.

---

[2] Disponible en www.iccwbo.org/law/econtracting/.

11. Dada la posibilidad de que se hayan de hacer adiciones importantes al texto de la presente Guía, tal vez el Grupo de Trabajo desee decidir si procede preparar una nueva Guía (que cabría denominar "Guía para la promulgación y empleo de la Ley Modelo"), o si procede únicamente publicar alguna adición a la Guía actual. A fin de facilitar esa decisión, la Secretaría presenta a continuación ciertas sugerencias acerca del texto que cabría incorporar a la Guía en lo concerniente al empleo de la vía electrónica en la contratación pública (dicho texto puede verse a partir del párr. 20, *infra*). El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar dicho texto como un ejemplo de la forma que cabría dar a la Guía revisada.

2. Fase de ejecución y administración del contrato adjudicado

12. La Ley Modelo se ocupa de los procedimientos que han de seguirse para la adjudicación de un contrato. Conforme se observa en el párrafo 10 de la presente Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno:

> "*La Ley Modelo enuncia los procedimientos que habrán de aplicar las entidades adjudicadoras para seleccionar al proveedor o contratista al que vayan a adjudicar algún contrato. La Ley Modelo no tiene por finalidad regular la fase de cumplimiento o de ejecución del contrato. Por consiguiente, no se ha dispuesto nada en la Ley Modelo respecto de las cuestiones que pueden surgir en la fase de ejecución del contrato, como pudiera ser la administración del contrato, la solución de las controversias relativas a su cumplimiento o la resolución eventual del contrato. El Estado promulgante deberá ocuparse de que exista un marco legal administrativo para la fase de ejecución del contrato.*"

13. A la luz de las observaciones generales anteriormente enunciadas respecto del alcance de la Ley Modelo y de la Guía, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si procede ocuparse también de la fase de ejecución y administración del contrato adjudicado (véase párr. 78 de A/CN.9/WG.I/WP.36), a fin de poder responder a la inquietud expresada en el anterior párrafo 8. La presente Nota no sugiere ninguno de los cambios que tal vez hayan de introducirse en el texto de la Ley Modelo o de su Guía caso de estimarse oportuno abordar esta etapa de la contratación, aun cuando esa labor pueda llegar a ser en su momento necesaria.

B. Principios y criterios de política legislativa general aplicables al empleo de la tecnología y de la vía electrónica en la contratación pública: interacción con la normativa legal aplicable al comercio electrónico y otras ramas del derecho

1. Observaciones generales

14. En su séptimo período de sesiones, el Grupo de Trabajo decidió centrar sus futuras deliberaciones en la forma de las comunicaciones utilizables en la contratación pública a fin de formular el principio general de la equivalencia funcional aplicable a las comunicaciones intercambiadas en el proceso de contratación (A/CN.9/WG.I/WP.34, párr. 13, A/CN.9/575, párr. 11)[3]. La Ley Modelo

---

[3] El enfoque del equivalente funcional es plenamente compatible con lo dispuesto actualmente en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública en materia de métodos de

de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico de 1996[4] (Ley Modelo del Comercio Electrónico) está basada en este mismo principio.

15. La Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo del Comercio Electrónico enuncia en su párrafo 16 las funciones que ha de poder cumplir todo documento: "[todo documento debe ser] legible para todos; [permanecer inalterable] a lo largo del tiempo; [ser reproducible] a fin de que cada parte interesada disponga de un ejemplar del mismo texto; [ser autentificable por medio de] una firma; y [estar en una forma que sea aceptable para] las autoridades públicas y los tribunales".

16. El criterio de la equivalencia funcional parte del reconocimiento de que todo requisito legal por el que se exija que un documento esté consignado sobre papel, a fin de poder cumplir con las funciones asignables a un documento, constituye de hecho el principal obstáculo que ha de soslayar la vía electrónica, en la medida en que una comunicación electrónica no goce del mismo grado de certeza contractual o de reconocimiento legal que un documento consignado sobre papel. Cabe citar, a título de ejemplo, todo requisito por el que se exija un "escrito" o un "original", o todo requisito de que se presenten "pruebas documentales". El criterio de la equivalencia funcional trata de conseguir un mismo grado de certeza contractual y de reconocimiento legal para todo tipo de documento utilizable como tal.

17. El Grupo de Trabajo expresó también el deseo de que el texto de la Ley Modelo de la Contratación Pública se expresara en términos tecnológicamente neutros, por la misma razón que se aduce en el párrafo 24 de la Guía adjunta a la Ley Modelo del Comercio Electrónico, en donde se dice que:

> "*En la Ley Modelo [del Comercio Electrónico, se adopta el enfoque de tratar de regular,] en principio, todas las situaciones de hecho en que se genera, archiva o comunica información, cualquiera que sea el soporte en que se consigne la información. Durante la preparación de la Ley Modelo, se consideró que si se excluía alguna forma o algún soporte posible, limitando así el alcance de la Ley Modelo, surgirían dificultades prácticas y se incumpliría el objetivo de formular reglas verdaderamente aptas para cualquier soporte electrónico [finalidad que puede verse enunciada en el párrafo 6 de la propia Guía]*."

---

comunicación utilizables en la contratación pública. El artículo 9 1) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública dispone que, a reserva de todo requisito de forma especificado por la entidad adjudicadora al convocar al proceso de adjudicación las comunicaciones habrán de ser presentadas en una forma que "deje constancia de su contenido" pero sin definirse el método o la vía de comunicación utilizado.

[4] Véase el texto de la Ley Modelo en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/51/17), anexo I (publicado también en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. XXVII: 1996 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.98.V.7), tercera parte, anexo I). La Ley Modelo y su Guía para la incorporación al derecho interno están disponibles como publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.99.V.4, y en forma electrónica en el sitio web de la CNUDMI www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html).

18. Ahora bien, el Grupo de Trabajo tomó nota asimismo de que algunos Estados, que habían promulgado el régimen legal modelo, habían ya regulado en su derecho general interno, las cuestiones suscitadas por el empleo de la tecnología y de la vía electrónica en la contratación pública. Además, tal vez se haya incluso previsto en el derecho interno un régimen especial para el empleo de la vía electrónica en actividades propias de la administración pública que sea también aplicable a la contratación pública (A/CN.9/WG.I/WP.34, párr. 12). Por consiguiente, el Grupo de Trabajo ha decidido que la Ley Modelo no se ocupe de aquellas cuestiones que sean objeto del derecho general interno aplicable al comercio electrónico, sino únicamente de aquellas cuestiones que sean propias de la contratación pública, por lo que solo recomendará la inclusión en la Ley Modelo de disposiciones que sean estrictamente aplicables al empleo de la vía electrónica en el contexto de la contratación pública (A/CN.9/575, párr. 50).

19. No obstante, las recomendaciones del Grupo de Trabajo en cuanto al contenido de la Guía son una clara indicación de que su texto debe orientar a todo Estado que desee introducir alguna reforma legislativa a este respecto, examinando toda nueva regla que pueda ser necesaria para garantizar la eficacia de la contratación por vía electrónica. Esas reglas de índole general podrán ser, en algunos casos, complementadas por algún reglamento que regule explícitamente cuestiones como las abordadas en los capítulos II y III de la Ley Modelo del Comercio Electrónico, bajo los epígrafes: "Aplicación de los requisitos legales a los mensajes de datos" (capítulo II) y "Comunicación de mensajes de datos" (capítulo III) (el término "mensaje de datos" debe entenderse como sinónimo de comunicación electrónica)[5]. El Grupo de Trabajo tal vez desee, por ello, considerar la necesidad de que se imparta orientación a este respecto y la conveniencia de que se haga remisión a todo otro documento que, como sería el caso de la Ley Modelo del Comercio Electrónico, ofrezca posibles soluciones.

---

[5] El capítulo II trata de las siguientes cuestiones: "Reconocimiento jurídico de los mensajes de datos", "Incorporación por remisión", "Escrito", "Firma", "Original", "Admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos" y "Conservación de los mensajes de datos", mientras que el capítulo III trata de las siguientes cuestiones: "Formación y validez de los contratos", "Reconocimiento por las partes de los mensajes de datos", "Atribución de los mensajes de datos", "Acuse de recibo" y "Tiempo y lugar del envío y la recepción de un mensaje de datos". El Grupo de Trabajo tal vez esté al corriente de que el Grupo de Trabajo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico ha presentado a la Comisión ciertas recomendaciones concernientes a los proyectos de texto para un proyecto de convención sobre la contratación electrónica.
La Comisión aprobó dichos proyectos de texto en su 38º período de sesiones, celebrado en Viena del 4 al 15 de julio de 2005. Esos proyectos no difieren en nada esencial de lo ya anunciado en la Ley Modelo de la Comisión sobre Comercio Electrónico y cabe prever que, en caso de ser adoptados por la Comisión, el proceso de ratificación y de entrada en vigor del texto de la nueva Convención llevará cierto tiempo. Por ello, el Grupo de Trabajo tal vez desee basar sus deliberaciones actuales sobre lo dispuesto en la Ley Modelo del Comercio Electrónico, aun cuando tal vez se haya de actualizar el resultado de su labor antes de completarla.

2. Textos insertables en la Guía para la incorporación al derecho interno concernientes al empleo de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública

a) Observaciones generales

20. El Grupo de Trabajo tal vez estime oportuno describir la finalidad de las revisiones que se tenga previsto hacer en el texto de la Ley Modelo, en una nueva sección de la introducción a la Guía, aun cuando su ubicación dependerá en cierta medida de cuál sean los principios que el Grupo de Trabajo seleccione para regir, en la versión revisada de la Ley Modelo, el empleo de la vía electrónica para la contratación pública. Dado que esos principios habrán de inspirar toda revisión que se haga del texto de la Ley Modelo, se sugiere a continuación un texto que cabría insertar en la introducción de la Guía a título de orientación general al respecto, presentándose más adelante, en forma de artículo las revisiones propuestas para el propio texto de la Ley Modelo, junto con un comentario igualmente desglosado por artículos.

21. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar, en orden a la preparación del texto propuesto, los puntos siguientes. En primer lugar, para no dar lugar a confusiones, se hablará de la "Ley Modelo de 1994" para referirse al texto actual de la Ley Modelo. En segundo lugar, se recogerán en el nuevo texto citas literales de la Ley Modelo del Comercio Electrónico, pero será el propio Grupo de Trabajo el que, en su momento, deberá decidir cómo y cuándo se habrá de citar o hacer remisión al texto de dicha Ley Modelo en la nueva versión de la Guía de la contratación pública. En tercer lugar, tal vez se hayan de hacer ciertas correcciones de estilo o de otra índole (o introducir nuevos términos que permitan distinguir la Ley Modelo de 1994 de su nueva versión revisada) a fin de dotar de mayor coherencia interna al texto final de la nueva versión de la Guía. En cuarto lugar, a fin de facilitar las deliberaciones, se han mantenido las referencias a los informes y a la documentación preparatoria del propio Grupo de Trabajo, que podrán ser en su momento eliminadas. Por ello mismo, el proyecto de texto lleva referencias a notas de pie de página que cabrá también eliminar de su texto definitivo. Por último, tal vez se habrán de renumerar los párrafos de la Guía, según que el Grupo de Trabajo opte por revisar la propia Guía o por adjuntar una adición a su texto actual.

22. El texto presentado solo trata de resolver las principales cuestiones suscitadas por el empleo de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública. El Grupo de Trabajo tal vez desee, por ello, pronunciarse sobre el alcance oportuno de la revisión propuesta (véase, por ejemplo, el proyecto de párrafo 11 en lo concerniente a la firma electrónica).

23. De decidirse que la nueva Guía imparta orientación no solo para la promulgación del régimen de la Ley Modelo, sino también para su aplicación, será preciso considerar también la conveniencia de que esa orientación se imparta en términos algo más prescriptivos. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo tendrá ante sí, en el texto propuesto a continuación, dos o más variantes concernientes a la procedencia de que se aliente al Estado promulgante a examinar la suficiencia de su derecho general aplicable al comercio electrónico, que estarán formuladas en términos como los siguientes "el Estado promulgante [deberá también] [podrá] examinar [la suficiencia de su propio derecho interno aplicable al respecto]".

b) Texto propuesto

i) Texto introductorio de las disposiciones concernientes al empleo de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública

1) La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública (versión de 1994) fue aprobada en un momento en el que cabía prever las nuevas aplicaciones de la tecnología de la información y de las comunicaciones electrónicas, pero muchas de esas aplicaciones no se habían aún materializado. Pese a que algunas de sus disposiciones tal vez prevean el empleo, al servicio de la contratación pública, de la tecnología y las comunicaciones electrónicas, la Ley Modelo no presta particular atención a las cuestiones jurídicas suscitadas por el recurso a esta tecnología, mientras que algunas de sus disposiciones reflejan un sistema de intercambio de comunicaciones y de formación de expedientes o archivos y un régimen probatorio que dependen en gran medida de la información consignada sobre papel. Cabe citar como ejemplo los requisitos de "prueba documental" y otros conceptos similares enunciadas en los artículos 6 2), 7 3) a) iii), 10, 27 c), 36, 38 f) de la Ley Modelo de 1994, así como las reglas concernientes a la preparación, presentación, modificación, retirada y apertura de las ofertas, y el régimen aplicable a la conclusión del contrato adjudicado.

2) Desde la aprobación de la Ley Modelo en 1994, se ha registrado un rápido aumento en las aplicaciones de la electrónica al servicio de la contratación pública, difundiéndose, en particular, diversos métodos de contratación por Internet, que la presente Guía designará por el término genérico de "contratación electrónica". La contratación electrónica ha reportado numerosos beneficios, entre los que cabe citar la mayor rentabilidad de una contratación más competitiva en el marco de un mercado más amplio, el suministro de información más completa a los proveedores y contratistas, el recurso a prácticas más competitivas, y el ahorro de gastos y de tiempo que supone una mejor administración del contrato adjudicado, junto con una mejor observancia de la normativa aplicable y una notable disminución de las oportunidades de corrupción o de abuso. La contratación por vía electrónica ofrece, además, muchas oportunidades para reforzar la confianza pública y la transparencia del proceso de contratación. La CNUDMI considera, por ello, que la Ley Modelo debe facilitar el recurso a la contratación por vía electrónica.

3) Ahora bien, se han expresado también inquietudes de que tal vez se hayan de introducir controles que permitan no solo supervisar ciertos aspectos novedosos de las comunicaciones intercambiadas por vía electrónica, sino evitar también toda discriminación dimanante de la falta de acceso a la infraestructura necesaria, garantizar la seguridad, confidencialidad y autenticidad de las comunicaciones electrónicas y vigilar el impacto de los modernos métodos de contratación sobre otras metas socioeconómicas del país. Las revisiones efectuadas en el texto original de la Ley Modelo tratan de responder a estas inquietudes, mientras que la presente Guía señala cuáles son los objetivos de esas revisiones.

4) Aunque algunas de las cuestiones suscitadas por la contratación electrónica puedan resolverse en el marco de la Ley Modelo actual (o a tenor de las normas legales o reglamentarias y existentes, así como conforme a lo indicado en la Guía para la incorporación de dicha ley al derecho interno), la CNUDMI ha revisado el texto de la Ley Modelo a fin de que su texto prevea o aclare adecuadamente las soluciones que cabe dar a esas cuestiones y a fin de promover en lo posible, el recurso a la vía electrónica como medio de facilitar el logro de los objetivos de la propia Ley Modelo.

ii) Interacción del marco legal de la contratación electrónica con el marco legal del comercio electrónico

5) La contratación electrónica depende por naturaleza de la reglamentación general del comercio electrónico y de la difusión actual de este comercio. La presente Guía se referirá, por ello, a la interacción entre el régimen legal del comercio electrónico y el régimen de la contratación electrónica. No procedería que una ley de la contratación pública regule cuestiones propias del comercio electrónico general por lo que la Ley Modelo no tratará de regular ninguna cuestión que deba ser resuelta por el régimen legal general aplicable al comercio electrónico. Ahora bien, sí se ocupará de esas cuestiones en la medida en que el contexto especial de la contratación pública requiera alguna medida adicional (por ejemplo, en lo concerniente a la presentación de ofertas). A la luz de lo antedicho, el Estado promulgante tal vez desee cerciorarse de que su derecho interno aplicable al comercio electrónico reconoce la validez de las comunicaciones electrónicas y resuelve adecuadamente las cuestiones planteadas en los párrafos siguientes. Para facilitar su consulta, se hace asimismo remisión a las soluciones que se haya dado a esas cuestiones en el régimen modelo de la CNUDMI para el comercio electrónico (Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico de 1996)[6].

6) Una de las principales barreras contra el empleo de las comunicaciones electrónicas en la negociación de un contrato es la falta de seguridad en cuanto al reconocimiento jurídico, la validez o la ejecutoriedad de las comunicaciones intercambiadas por vía electrónica en el proceso de negociación. Ese obstáculo puede materializarse en forma de un requisito legal por el que se requiera un "escrito" o un "original", así como en ciertas formalidades requeridas para la formación de un contrato o para la admisibilidad del valor probatorio de un texto ante los tribunales (A/CN.9/568, párr. 30 y A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, párr. 44). La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico trata de hacer posible la negociación por vía electrónica de las operaciones

---

[6] Véase el texto de la Ley Modelo en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/51/17), anexo I (publicado también en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. XXVII:1996 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.98.V.7), tercera parte, anexo I). La Ley Modelo y su Guía para la incorporación al derecho interno están disponibles como publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.99.V.4, y en forma electrónica en www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html).

comerciales, eliminando esos obstáculos y tratando de dar certeza jurídica a las comunicaciones intercambiadas por esa vía.

7) La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico sienta para ello el principio general de la equivalencia funcional de las comunicaciones intercambiadas por diversas vías, a fin de que las comunicaciones electrónicas gocen de igual grado de reconocimiento que el de un documento consignado sobre papel. En el párrafo 16 de la Guía adjunta a dicha Ley Modelo se describen las funciones que debe cumplir todo documento para ser reconocido como tal, indicándose que deberá: "[ser] legible para todos; [permanecer inalterado] a lo largo del tiempo; [prestarse a ser reproducido] a fin de que cada parte disponga de un mismo texto; [ser autenticable] por medio de una firma; y [estar en una forma que sea] aceptable para las autoridades públicas y los tribunales".

8) Los artículos 5, 6 y 8 de la Ley Modelo del Comercio Electrónico definen explícitamente la equivalencia funcional de las comunicaciones en forma electrónica y en forma de documento consignado sobre papel al reconocer la validez jurídica de los "mensajes de datos" [comunicaciones electrónicas], y al definir las nociones de "escrito" y de "original". El efecto combinado de esas tres reglas, que deben leerse conjuntamente, es el de dotar a las comunicaciones electrónicas del mismo grado de reconocimiento y validez jurídica que el atribuible a una comunicación intercambiada sobre papel, lo que hace que una y otra vía de comunicación sean funcionalmente equivalentes.

9) La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico resuelve estas cuestiones como sigue:

a) Artículo 5: "[n]o se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza ejecutoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos". En el comentario de ese artículo que aparece en la Guía para su incorporación al derecho interno se observa que "el artículo 5 se limita a indicar que la forma en que se haya conservado o sea presentada cierta información no podrá ser aducida como única razón para denegar eficacia jurídica, validez o fuerza ejecutoria a esa información. Ahora bien, no debe interpretarse erróneamente el artículo 5 como si fuera un texto por el que se conceda validez jurídica a todo mensaje de datos o a todo dato en él consignado";

b) Artículo 6: "[c]uando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que este contiene es accesible para su ulterior consulta". El comentario observa que "el artículo 6 tiene por finalidad definir la norma básica que todo mensaje de datos deberá satisfacer para que pueda considerarse que (dicho mensaje) satisface un requisito (...) de que la información conste o sea presentada por escrito" (o de que la información esté consignada sobre un "documento" o soporte de papel);" y

c) Artículo 8: "[c]uando la ley requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos: a) si existe alguna garantía fidedigna de que se ha conservado la identidad de la información a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos o en

alguna otra forma; y b) de requerirse que la información sea presentada, si dicha información puede ser mostrada a la persona a la que se deba presentar". El comentario explica que aun cuando la noción de "original" suele ser aplicable a documentos de titularidad o a títulos negociables, la disposición aquí prevista puede ser necesaria en el derecho interno de algunos países respecto de algún otro tipo de operaciones comerciales.

10) [En el comentario que se hace del artículo 36 ("Aceptación de una oferta y entrada en vigor del contrato") pueden verse las consideraciones especiales aplicables al supuesto de que un documento sea expedido o firmado por medios electrónicos, así como las consideraciones especiales aplicables a la conclusión de un contrato por vía electrónica.] [En cuanto a la firma de un documento por algún método electrónico, el artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico dispone lo siguiente: "[c]uando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos: a) si se utiliza un método para identificar a esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos; y b) si ese método es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o publicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente.]"

11) Cabe que un Estado promulgante desee también dictar un reglamento por el que se resuelvan las cuestiones suscitadas por alguna avería o disfuncionalidad técnica, así como por toda declaración exoneratoria de la propia responsabilidad y por ciertas cuestiones prácticas como las concernientes a la zona horaria, la entrega de un recibo, etc.

iii) Criterios para posibilitar el empleo de las comunicaciones electrónicas en el marco del texto revisado de la Ley Modelo

12) El texto revisado de la Ley Modelo de la Contratación Pública se ocupa de la utilización de la vía electrónica en la contratación pública siguiendo el criterio de la equivalencia funcional enunciado en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico pero, conforme a lo ya indicado anteriormente, no regulará cuestión alguna que haya sido resuelta por la norma general de derecho interno que sea aplicable al comercio electrónico, salvo que el contexto de la contratación pública requiera la formulación de alguna regla adicional. Por consiguiente, la Ley Modelo de la Contratación Pública no regula ninguna de las siguientes cuestiones: el reconocimiento legal de la validez de las comunicaciones electrónicas, lo que debe entenderse por "escrito" o por "original", y por firma electrónica o digital, y la admisibilidad general y el valor probatorio de las comunicaciones electrónicas, así como lo concerniente a la formación, validez y ejecución de un contrato, la asignabilidad a su autor de una comunicación electrónica, y el acuse de recibo que proceda dar a toda otra comunicación electrónica que no sea propiamente una oferta.

13) Las nuevas disposiciones de la versión revisada de la Ley Modelo de la Contratación Pública disponen que todo requisito, enunciado en la propia Ley Modelo, de que se presente un escrito o un documento o de que se celebre una reunión, podrá ser satisfecho por vía electrónica. (La celebración de una

reunión por vía electrónica ha de entenderse en el sentido de que los participantes podrán seguir la reunión, o participar en ella, por alguna vía electrónica de comunicación.) La Ley Modelo no regula la validez jurídica de esas comunicaciones, que se regirá por la norma general de derecho interno aplicable al comercio electrónico. Ahora bien, la contratación pública requiere algunas reglas especiales en lo concerniente a la presentación de ofertas, conforme a lo ya dispuesto en los artículos 27 h), q), r) y z), 30, 31 2) y 33 del texto actual de la Ley Modelo. En la sección pertinente de la presente versión de la Guía (A/CN.9/WG.I/WP.34, párr. 13, A/CN.9/575, párr. 11) se darán las razones y se indicarán los objetivos de toda disposición especial que se haya enunciado al respecto.

14) En la versión revisada de la Ley Modelo se alienta también (pero sin exigirlo) el recurso a la tecnología y a la vía de comunicación electrónica al servicio de la contratación pública (A/CN.9/575, párr. 10, A/CN.9/568, párr. 33), salvo en el supuesto de [que se haga una remisión explícita a la contratación electrónica, como sucedería de recurrirse al método de la subasta electrónica inversa o al de la denominada compra dinámica].

15) El recurso a la vía electrónica suscita cuestiones concernientes a la autenticidad, confidencialidad e integridad de la comunicación, de los documentos o de los datos intercambiados. El Estado promulgante [deseará también] [podrá] considerar hasta qué punto su régimen legal interno aplicable al comercio electrónico ha previsto un control adecuado de las comunicaciones intercambiables en el marco de la contratación pública. Este tema se examina en mayor detalle en las secciones de la presente Guía que se ocupan de la forma de las comunicaciones intercambiadas (artículo 9 de la Ley Modelo de 1994) y de la presentación de ofertas por vía electrónica (con arreglo al artículo 30 de la Ley Modelo de 1994).

16) El principio de la flexibilidad en cuanto al método utilizable para la comunicación, basado en el criterio de la equivalencia funcional, será aplicable no solo a las comunicaciones de índole general sino también a la publicación del contrato adjudicable y a toda información concerniente a un proceso de adjudicación, así como al intercambio de información concerniente a dicho proceso, a la presentación y apertura de las ofertas, a la celebración de conferencias previas a la licitación, y a la conservación, archivo y difusión de información y de documentos (así como al expediente que ha de llevarse del proceso de adjudicación conforme al artículo 11 de la Ley Modelo de la Contratación Pública), y a la conclusión del contrato adjudicado. Por consiguiente, el texto propuesto del artículo 4 *bis* [o el del artículo 5 *bis*] está formulado en términos genéricos que permiten englobar todos los aspectos de la creación, transferencia y archivo de la información consignada en las comunicaciones y documentos intercambiados, por lo que las normas de control y accesibilidad de la información, descritas en los párrafos anteriores, deben ser igualmente aplicables a las nociones genéricas enunciadas en estos artículos.

III. Proyecto de texto propuesto para la versión revisada de la Ley Modelo de la Contratación Pública con miras a dar acceso al empleo de la vía electrónica en el proceso de contratación

A. Equivalencia funcional de todo método utilizable para comunicar, publicar, intercambiar o archivar información o documentos

1. Observaciones generales

24. El Grupo de Trabajo ha seguido dos criterios al formular las nuevas reglas aplicables al intercambio de comunicaciones por vía electrónica. En primer lugar, ha decidido insertar una nueva disposición por la que se enuncia el principio de la equivalencia funcional de todo método de comunicación utilizable, conforme a lo descrito anteriormente (en particular en lo concerniente a la certeza de la validez y del reconocimiento legal de la vía electrónica utilizada), y en segundo lugar, se ha cerciorado de que las disposiciones generales de la Ley Modelo aplicables a la forma de las comunicaciones dejan margen suficiente para que este principio sea aplicable (lo que tal vez requiera algún retoque adicional del texto actual).

2. Nuevo texto propuesto para la Ley Modelo: artículo 4 *bis* relativo a la equivalencia funcional

25. El Grupo de Trabajo decidió, en su séptimo período de sesiones, proseguir sus deliberaciones a la luz de las siguientes variantes de un nuevo artículo 4 *bis* de la Ley Modelo, por el que se enunciaría el principio de la equivalencia funcional:

a) Variante A

Artículo 4 *bis*. Equivalencia funcional de todo método utilizable para comunicar, publicar, intercambiar o archivar información o documentos

1) [Toda disposición por la] [Todo requisito por el] que la presente Ley exija que:

a) un documento conste en forma de un escrito;

b) un documento esté firmado;

c) un documento sea presentado en sobre sellado;

d) un documento sea publicado o presentado, o esté accesible;

e) un documento sea creado o conservado;

f) se reúnan ciertas personas; y

g) se proceda a la apertura de las ofertas,

así como todo otro requisito, por el que se requiera la presencia física de una persona o documentación consignada sobre papel, podrá ser satisfecho mediante el recurso a medios electrónicos, ópticos o comparables [, entre los que cabe citar el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax], [con tal de que el Estado promulgante o la entidad adjudicadora se haya cerciorado de que ese empleo:

a) [no supone obstáculo alguno para el curso del proceso de contratación] [se vale de una vía de comunicación que sea generalmente accesible];

b) promueve la economía y eficiencia del proceso de contratación; y

c) no da lugar a discriminación alguna entre los proveedores o contratistas o frente a alguno de ellos, ni limita de algún otro modo notablemente la libre competencia comercial] [, siempre que el Estado promulgante o la entidad adjudicadora obre en el convencimiento de que dicha vía o método de comunicación cumple plenamente con las normas de accesibilidad enunciadas en [el artículo 4 *bis* o 5 *bis*].][7].

b) Variante B

Artículo 4 *bis*. Equivalencia funcional de todo método utilizable para comunicar, publicar, intercambiar o archivar información o documentos

1) Toda disposición de la presente Ley por la que se requiera un escrito o un documento, o se prevea alguna reunión, deberá ser interpretada como referida también a toda vía de comunicación electrónica, óptica o comparable, [como pudiera ser el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax] [, con tal de que el Estado promulgante o la entidad adjudicadora se cerciore de que dicha vía:

a) [no supone obstáculo alguno para el curso del proceso de contratación] [es una vía de comunicación generalmente accesible];

b) promueve a la economía y la eficiencia del proceso de contratación; y

c) no da lugar a discriminación alguna entre los proveedores o contratistas eventuales, o frente a alguno de ellos, ni limita notablemente, por algún otro concepto, la competencia comercial] [, con tal de que el Estado promulgante o la entidad adjudicadora obre en el convencimiento de que dicha vía cumple con las normas de accesibilidad enunciadas en el artículo [4 *bis* o 5 *bis*].] [con inclusión de la lista que figura en la variante A de la Guía para la incorporación al derecho interno.] (A/CN.9/586, párr. 13).

3. Comentario

26. Cada variante consta de tres elementos:

a) Una descripción de los métodos utilizables para la comunicación, la publicación, el intercambio o el archivo de información o documentos, así como para celebrar toda reunión que se prevea;

b) Una declaración de que los “medios” o la “vía” electrónica utilizada será suficiente para lograr la finalidad propuesta, aun cuando dicho “término” no se haya definido ni descrito;

---

[7] En lo concerniente al artículo 5 bis propuesto, véase más adelante el párrafo 30.

c) La previsión de algún dispositivo de control sobre los "medios" o la "vía" electrónica utilizable, a fin de que dicha vía sirva a los objetivos de la Ley Modelo y no dificulte el acceso a la contratación pública (estos tres elementos pueden verse enunciados en los párrafos a), b) y c) de los textos propuestos para el artículo 4 *bis* o 5 *bis*, concerniente a las "normas de accesibilidad" que, conforme decidió el Grupo de Trabajo, serán aplicables a toda vía de comunicación seleccionada (A/CN.9/575 (párrs. 14, 25, 32, 33, 39, 45 y 50))[8].

27. La diferencia entre una y otra variante dimana de la ubicación de la descripción que se hace de "todo método utilizable para comunicar, publicar, intercambiar o archivar información o documentos". La variante A contiene una lista no exhaustiva de esos métodos mientras que la variante B contiene una descripción genérica, que será complementada por ejemplos facilitados en la Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar el peligro de que la claridad facilitada por esos ejemplos pueda verse contrarrestada por la confusión que tal vez ocasionen, caso de que surjan otras situaciones en las que se haya de comunicar, publicar, intercambiar o archivar información o documentos, o a medida que vayan evolucionando las prácticas comerciales.

28. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si procede sustituir el término "método", que figura en el encabezamiento, por el de "medios" o "vía", a fin de uniformar la terminología utilizada en todo el texto. En segundo lugar, el Grupo de Trabajo tal vez desee que la expresión "presencia física" vaya seguida, en la versión inglesa, por las palabras "de una persona". En tercer lugar, puesto que el término "medios" o "vía" no ha sido definido en este texto, cabría insertar a continuación del mismo las palabras "de comunicar, publicar, intercambiar o archivar información o documentos" en una y otra variante. Alternativamente, cabría insertar, en la versión inglesa, a continuación de la palabra "medio" la frase "de obrar así" (variante A) o "de dar curso a dichas nociones o elementos" (variante B), a fin de poner en claro que la palabra "medio" o "vía" corresponde a la descripción dada en el texto que antecede. Por último, el Grupo de Trabajo tal vez desee imponer sobre la entidad adjudicadora, en vez de sobre el Estado promulgante, la obligación de velar por que se cumplan las normas de accesibilidad de la vía utilizada. A este respecto el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar además la variante C, del artículo 4 *bis,* que está basada en la variante A, pero que cabría también presentar, *mutatis mutandis* con la formulación de la variante B:

---

[8] La vía de comunicación seleccionada no debe suponer un obstáculo indebido a la participación de todo interesado en el proceso de adjudicación (lo que no debe impedir que se exija, si procede, el empleo de documentación consignada sobre papel o, en su lugar, el recurso a la vía electrónica, de estimarse preferible).

Variante C

Artículo 4 *bis*. Equivalencia funcional de todo método utilizable para comunicar, publicar, intercambiar o archivar información o documentos

1) [Toda disposición por la que] [Todo requisito por el que] la presente Ley requiera que:

a) un documento conste en forma de un escrito;

b) un documento esté firmado;

c) un documento sea presentado en sobre sellado;

d) un documento sea publicado o presentado, o esté en alguna forma accesible;

e) un documento sea creado o conservado;

f) se reúnan ciertas personas; y

g) se proceda a la apertura de las ofertas,

así como todo otro requisito por el que se requiera la presencia física de una persona o documentación consignada sobre papel, podrá ser satisfecho mediante el recurso a medios electrónicos, ópticos o similares [utilizables para comunicar, publicar, intercambiar o archivar información o documentos]. [Cabe citar a dicho respecto, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax], [con tal de que la entidad adjudicadora obre en el convencimiento de que el empleo de dichos medios:

a) [no supondrá un obstáculo para el proceso de contratación] [se valdrá de medios de comunicación generalmente accesibles];

b) promoverá la economía y la eficiencia del proceso de contratación; y

c) no dará lugar a discriminación alguna entre los proveedores o contratistas o frente a alguno de ellos, ni limitará de algún otro modo notablemente la competencia comercial] [siempre que la entidad adjudicadora obre en convencimiento de que dichos medios cumplen con las normas de accesibilidad enunciadas en el artículo 4 *bis* o 5 *bis*].][9]

29. La orientación que se impartiría sobre esta cuestión ha sido examinada en el marco de la orientación general que debe impartir la Guía, que se expuso en el anterior párrafo 23.

[9] En lo concerniente al texto propuesto para el artículo 5 bis, véase párr. 30 *infra*.

B. Normas de accesibilidad

1. Nuevo texto propuesto para su inserción en la Ley Modelo: artículo 5 *bis*, concerniente a las normas de accesibilidad

30. Respecto de las "normas de accesibilidad" descritas anteriormente en el proyecto de artículo 4 *bis*[10] el Grupo de Trabajo decidió, en su séptimo período de sesiones, que esas normas eran un factor esencial en orden a la introducción de disposiciones destinadas a flexibilizar la elección de la vía de comunicación que se fuera a utilizar, por lo que procedía decidir dónde se había de ubicar la descripción de esas normas a la luz de todas las revisiones que se fueran a hacer en lo concerniente a esta cuestión (A/CN.9/575, párr. 14). El Grupo de Trabajo tal vez desee, por ello, considerar si esas normas deben figurar en el artículo 4 *bis* propuesto, en la revisión que se hiciera del artículo 9 (que se presentará en la sección siguiente) o tal vez en un nuevo artículo 5 *bis*, que cabría formular como sigue:

> Artículo 5 *bis*. Normas de accesibilidad
>
> 1) La entidad adjudicadora se cerciorará de que todo método de comunicación que se vaya a utilizar para publicar, intercambiar o archivar información o documentos o para celebrar alguna reunión en el curso del proceso de contratación:
>
> a) [no supone un obstáculo para el curso de dicho proceso] [se vale de alguna vía de comunicación generalmente accesible];
>
> b) promueve la economía y la eficiencia del proceso de contratación; y
>
> c) no da lugar a discriminación alguna entre los proveedores o contratistas eventuales, o frente a alguno de ellos, ni limita por lo demás notablemente la competencia comercial.

2. Comentario

31. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si existe alguna incoherencia interna en la formulación actual de las normas de accesibilidad. Cabe considerar que la referencia en el apartado a) a una vía de comunicación "generalmente accesible" contradice en cierta medida lo dispuesto en el apartado c), en la medida que una vía de comunicación generalmente accesible puede no obstante resultar discriminatoria para ciertos proveedores o contratistas.

---

[10] Dichas normas serán igualmente aplicables a la publicación y el archivo de la información conforme se examinará en A/CN.9/WG.I/WP.39.

3. Texto propuesto para la nueva versión de la Guía para la incorporación al derecho interno relativo al artículo 4 *bis* o 5 *bis* de la Ley Modelo, concerniente a las normas de accesibilidad

32. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si la Guía para la incorporación al derecho interno debe abordar el concepto de las normas de accesibilidad en términos como los siguientes:

Artículo [4] [5] *bis*. Normas de accesibilidad

1) Las nuevas disposiciones imponen ciertas condiciones para el empleo de una vía electrónica de comunicación a fin de salvaguardar los objetivos de la Ley Modelo, con miras a evitar que la vía de comunicación seleccionada obstaculice el acceso de ciertos interesados al proceso de adjudicación (A/CN.9/568, párr. 30). Los criterios enunciados en los párrafos a), b) y c) del artículo 4 *bis* [o 5 *bis*] propuesto, han sido enunciados a título de "normas de accesibilidad" aplicables a toda vía de comunicación que se desee utilizar (A/CN.9/575 (párrs. 14, 25, 32, 33, 39, 45 y 50)). Su finalidad es la de evitar toda práctica discriminatoria entre los proveedores y contratistas basada en la vía de comunicación seleccionada por la entidad adjudicadora, conforme a lo actualmente dispuesto en el párrafo 3) del artículo 9 de la Ley Modelo de 1994.

2) Toda vía electrónica de comunicación suele depender de la disponibilidad de una red equipada para tramitar y transmitir señales digitales, que deberá ser generalmente accesible o estar al alcance de toda persona interesada, como sería el caso de la Internet que (al prepararse la presente nota) está al alcance de todo o de casi todo el mundo. Ahora bien, dado el ritmo acelerado de los avances tecnológicos, cabe prever nuevas tecnologías que, durante cierto tiempo, no sean lo bastante accesibles (para todos, por razones técnicas, financieras o de otra índole). Las "normas de accesibilidad" requieren, por ello, que la entidad adjudicadora se cerciore, al abrir un proceso de adjudicación, de que la vía de comunicación seleccionada no solo no será discriminatoria y estará al alcance de toda persona interesada durante todo el proceso de adjudicación sino que [cumplirá además con los objetivos enunciados en el preámbulo de la Ley Modelo] [tampoco obstaculizará el proceso de contratación].

A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1

Posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: textos normativos propuestos para el empleo de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública

ADICIÓN

ÍNDICE

Párrafos

III. Texto propuesto para la versión revisada de la Ley Modelo de la Contratación Pública para dar acceso al empleo de la vía electrónica en el proceso de contratación 1-32

C. Forma de las comunicaciones: revisión propuesta del artículo 9 de la Ley Modelo. . . 1-5

1. Observaciones generales 1-2

2. Texto adicional propuesto para la Ley Modelo: revisión del artículo 9 de la Ley Modelo, en lo concerniente a la forma de la comunicación 3

3. Texto adicional propuesto para la Guía relativo al artículo 9 de la Ley Modelo, concerniente a la forma o vía de comunicación utilizable 4

4. Comentario 5

D. Noción de “electrónico” y otros términos conexos 6-12

1. Observaciones generales 6-7

2. Texto adicional propuesto para su inclusión en la Ley Modelo: adiciones al artículo 2 de la Ley Modelo para definir la noción de “electrónico” y otros términos conexos 8

a) Variante A . . . . . .

b) Variante B . . . . . .

3. Comentario 9-12

E. Validez jurídica de un contrato adjudicado por vía electrónica 13-15

1. Observaciones generales 13

2. Texto adicional propuesto para su inclusión en la Guía relativo al artículo 36 de la Ley Modelo, concerniente a la aceptación de una oferta y la entrada en vigor del contrato 14

3. Comentario 15

F. Obligación de llevar un expediente del proceso de adjudicación. 16-18

1. Observaciones generales 16

2. Texto adicional propuesto para su inclusión en la Ley Modelo: revisiones al artículo 11 de la Ley Modelo para facultar a la entidad adjudicadora para llevar el expediente del proceso de adjudicación en la forma que estime oportuna. 17

3. Texto adicional propuesto para su inclusión en la Guía relativo al artículo 11 de la Ley Modelo, con miras a facultar a la entidad adjudicadora para llevar el expediente del proceso de adjudicación en la forma que estime oportuna 18

G. Presentación por vía electrónica de las ofertas, propuestas o cotizaciones 19-27

1. Observaciones generales 19-23

2. Texto adicional propuesto para la Ley Modelo: revisiones del artículo 30 de la Ley Modelo, para autorizar la presentación de la oferta en forma electrónica 24

3. Comentario 25

4. Texto adicional propuesto para la Guía relativo al artículo 30 de la Ley Modelo, para facultar la presentación de ofertas en forma electrónica 26-27

H. Apertura de ofertas presentadas por vía electrónica 28-32

1. Observaciones generales 28-30

2. Texto adicional propuesto para su inclusión en la Ley Modelo: revisiones del artículo 33 concernientes a la apertura de ofertas presentadas por vía electrónica 31

3. Texto adicional propuesto para su inclusión en la Guía en lo concerniente a la apertura de ofertas presentadas por vía electrónica 32

III. Texto propuesto para la versión revisada de la Ley Modelo de la Contratación Pública para dar acceso al empleo de la vía electrónica en el proceso de contratación

C. Forma de las comunicaciones: revisión propuesta del artículo 9 de la Ley Modelo[1]

1. Observaciones generales

1. La forma en que habrán de intercambiarse las comunicaciones constituye una subcategoría del tema general de la vía o medios de comunicación utilizables, que será regulada en un nuevo artículo 4 *bis* de la Ley Modelo, conforme puede verse en los párrafos 24 a 29 del documento A/CN.9/WG.I/WP.38. El Grupo de Trabajo ha

---

[1] Véase A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, párrs. 18 a 43, y A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2. La forma exigible para la comunicación será aplicable a todo documento y comunicación creado en la etapa de precalificación (artículo 7 de la Ley Modelo), o concerniente a la forma de las comunicaciones (artículo 9), a los documentos probatorios presentados por proveedores o contratistas (artículo 10), al contenido de la convocatoria a licitación o a precalificación (artículo 25), a la entrega del pliego de condiciones (artículo 26), a las aclaraciones y modificaciones del pliego de condiciones (artículo 28), a la presentación de las ofertas (artículo 30), al anuncio en que se solicita propuestas (artículo 37), y a las aclaraciones y modificaciones de la solicitud propuestas (artículo 40).

convenido en enunciar un principio general aplicable a la forma de las comunicaciones, que complemente lo ya dispuesto en el artículo 9 de la Ley Modelo de 1994 (A/CN.9/575, párrs. 32 y 33), que sería en adelante aplicable a todos los tipos de comunicación regulados por la Ley Modelo. Este principio permitiría que la entidad adjudicadora seleccione cualquier vía que pueda servir para comunicarse con sus proveedores y otros interesados, sin tener que justificar la vía seleccionada, con tal de que esa vía satisfaga las "normas de accesibilidad" enunciadas en el proyecto de artículo 5 *bis*. Esa selección estará también sujeta a lo dispuesto en el artículo 9 de que toda comunicación deberá dejar constancia de su contenido.

2. Dada la correlación existente entre el texto de la versión actual del artículo 9 y el texto propuesto para el artículo 4 *bis*, junto con el texto de las normas de accesibilidad, tal vez el Grupo de Trabajo estime oportuno que esas tres disposiciones figuren sucesivamente en un mismo lugar del texto de la Ley Modelo. Por ejemplo, el Grupo de Trabajo tal vez estime que la noción de acceso a la vía de comunicación utilizada, conforme está enunciada en las normas de accesibilidad, guarda una relación estrecha con lo dispuesto en el texto actual del artículo 5 ("Acceso del público a los textos normativos"), por lo que procedería que los artículos aplicables a la vía de comunicación utilizada vayan justo antes o justo después del texto del artículo 5.

2. Texto adicional propuesto para la Ley Modelo: revisión del artículo 9 de la Ley Modelo, en lo concerniente a la forma de la comunicación

3. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar las revisiones propuestas a continuación para el artículo 9, cuya finalidad es la de habilitar a la entidad adjudicadora para seleccionar el método de comunicación utilizable. El texto del párrafo 1) de la Ley Modelo de 1994 figura a continuación (en caracteres normales) a fin de que sirva de introducción al texto adicional propuesto, que figura subrayado a continuación.

Artículo 9. Forma de las comunicaciones

1) Sin perjuicio de otras disposiciones de la presente Ley ni de los requisitos de forma impuestos por la entidad adjudicadora al dirigir su primera invitación a los proveedores o contratistas para que participen en el proceso de contratación, los documentos, las notificaciones, las decisiones y las demás comunicaciones mencionadas en la presente Ley que la entidad adjudicadora o la autoridad administrativa haya de presentar a un proveedor o contratista, o que un proveedor o contratista haya de presentar a la entidad adjudicadora, se harán de tal forma que se deje constancia de su contenido.

1) *bis* <u>La entidad adjudicadora podrá prescribir en el pliego de condiciones la forma que deberá adoptar toda comunicación intercambiada con los proveedores o contratistas, con tal de que la vía de comunicación seleccionada por la entidad adjudicadora cumpla con las normas de accesibilidad enunciadas en el [artículo 4 *bis* o 5 *bis*].</u>

<u>1) *ter* La entidad adjudicadora podrá indicar en el pliego de condiciones que toda oferta presentada con arreglo al artículo 30 deberá ser presentada en forma electrónica [, con tal de que la vía seleccionada por la entidad</u>

adjudicadora para presentarla cumpla con las normas de accesibilidad enunciadas en el artículo [artículo 4 *bis* o 5 *bis*].

1) *quater* Sin menoscabo alguno del derecho de toda entidad adjudicadora a indicar en el pliego de condiciones cuál será la vía de comunicación utilizable, la entidad adjudicadora no discriminará entre proveedores o contratistas, o frente a algunos de ellos, por razón de la forma en que transmitan o reciban documentos, notificaciones, decisiones o alguna otra comunicación.

1) *quinquies* El reglamento de la contratación pública podrá indicar toda medida que haya de utilizarse para garantizar la autenticidad, integridad, accesibilidad y confidencialidad de las comunicaciones, y para cerciorarse de que los sistemas de transmisión y recepción utilizados son mutuamente compatibles.

3. Texto adicional propuesto para la Guía relativo al artículo 9 de la Ley Modelo, concerniente a la forma o vía de comunicación utilizable

4. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si los párrafos siguientes pueden sentar las bases para la orientación que se desee impartir en lo concerniente a esta cuestión, valiéndose en lo posible de lo ya dicho en la versión de 1994 de la Guía. A continuación puede verse el texto del párrafo 1 de la Guía de 1994 (en caracteres normales), para que sirva de introducción al nuevo texto adicional propuesto, que va subrayado (tachándose, en cambio, el texto que se sugiere eliminar):

Artículo 9. Forma de las comunicaciones

1. El artículo 9 tiene por objeto evitar incertidumbres sobre la forma requerida con arreglo a la Ley Modelo para el intercambio de las comunicaciones entre la entidad adjudicadora y los proveedores o contratistas. El requisito formal básico, de no disponer otra cosa algún otro artículo de la Ley Modelo, es que la comunicación se haga de forma que deje constancia de su contenido. ~~Se ha escogido este enfoque para que el soporte físico de las comunicaciones no quede restringido al papel y tener así en cuenta el desarrollo cada vez mayor de las comunicaciones por medios como el intercambio electrónico de datos ("EDI"). Debido en particular a la variabilidad actual del acceso y empleo de estos medios no tradicionales de comunicación, se ha incluido en este artículo el párrafo 3) para evitar que se discrimine entre proveedores o contratistas por razón de la forma de comunicación empleada.~~

2. Es evidente que el artículo 9 no trata de dar una respuesta a todas las cuestiones técnicas y jurídicas que pueda suscitar el empleo del EDI o de otros métodos no tradicionales de comunicación en el contexto de un proceso de contratación, ni tampoco a otras cuestiones conexas, como sería la emisión por medios electrónicos de una garantía de oferta, que trasciendan del marco de las "comunicaciones" previstas en la Ley Modelo, y que deberán regirse por alguna otra norma de derecho.

3. A fin de evitar a la entidad adjudicadora y a los proveedores o contratistas toda demora innecesaria, el párrafo 2) permite que determinados tipos de comunicaciones se efectúen a título preliminar por otros medios, en particular el teléfono, que no dejen constancia del contenido de la

comunicación, con tal de que esa comunicación preliminar sea inmediatamente confirmada por otra comunicación efectuada por algún medio que sí deje constancia de su contenido.

3 *bis*. La versión revisada del artículo 9 de la Ley Modelo dispone que la entidad adjudicadora podrá seleccionar el método utilizable para el intercambio de comunicaciones con los proveedores o contratistas en el curso del proceso de contratación. Esta disposición tiene por objeto facultar a la entidad adjudicadora para insistir en el empleo de alguna determinada vía de comunicación, como pudiera ser la vía electrónica, sin tener que justificar su elección. Ahora bien, ese derecho estará sujeto a dos criterios de control: en primer lugar, la vía de comunicación escogida debe servir a los objetivos de la Ley Modelo (es decir, a los objetivos enunciados en el preámbulo de la Ley Modelo) y, en segundo lugar, esa vía de comunicación no debe suponer un obstáculo que dificulte el acceso de los interesados al proceso de adjudicación (debe satisfacer las "normas de accesibilidad" descritas en los anteriores párrafos **, que serán aplicables a toda vía seleccionada). A este respecto, se han insertado los párrafos 1) *bis*, 1) *ter* y 1) *quater* a fin de reforzar las salvaguardias enunciadas en el artículo 9 contra toda práctica discriminatoria o, de algún modo excluyente, en la que pudiera incurrir la entidad adjudicadora (A/CN.9/575, párr. 33). Todo incumplimiento de la obligación de la entidad adjudicadora de obrar en el convencimiento de que la vía empleada es conforme a las normas de accesibilidad, pudiera motivar un recurso presentado con arreglo al artículo 54, mientras que la información mínima consignada en el expediente que deberá llevarse de todo proceso de adjudicación, con arreglo al artículo 11, permitirá determinar si la entidad adjudicadora violó esas normas al seleccionar la vía de comunicación.

3 *ter*. Los párrafos 1) *bis* y 1) *quater* tienen además por objeto denegar claramente a los proveedores y contratistas todo derecho a insistir en el empleo de alguna vía particular de comunicación con la entidad adjudicadora, no dando pie alguno para poder alegar ese derecho (A/CN.9/575, párr. 33).

3 *quater*. Se ha insertado el texto del párrafo 1) *ter* para hacer posible la presentación de las ofertas por vía electrónica, práctica que está actualmente prohibida con arreglo al artículo 30 de la Ley Modelo (véase A/CN.9/568, párr. 32 y A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, párrs. 22 a 37)[2].

3 *quinquies*. Se ha insertado el nuevo párrafo 1) *quinquies* para señalar a la atención del Estado promulgante que:

a) El usuario de una vía de comunicación debe disponer de algún procedimiento o dispositivo idóneo para determinar la autenticidad de una comunicación;

b) La vía utilizada para enviar o recibir una comunicación electrónica debe bastar por sí sola para garantizar la integridad de los datos transmitidos;

---

[2] En los párrafos 23 y 24 pueden verse la revisión correlativa propuesta en el artículo 30 y su comentario.

c) Debe mantenerse la confidencialidad de toda información presentada por otros proveedores o concerniente a esos otros proveedores;

d) Los dispositivos o sistemas utilizados para enviar y recibir las comunicaciones electrónicas deben ser plenamente compatibles entre sí (o mutuamente compatibles),

e) La vía utilizada para enviar y recibir comunicaciones electrónicas debe permitir que se determine la fecha y hora de recepción de los documentos, siempre que dicho momento cumpla alguna función reglamentaria en el proceso de adjudicación (por ejemplo, en la presentación de las solicitudes de participación y en la presentación de las ofertas o propuestas); y

f) Toda vía utilizada para enviar y recibir comunicaciones electrónicas deberá ser una vía segura que impida que una oferta o todo otro documento importante que se presente sea abierto por la entidad adjudicadora o por alguna otra persona con anterioridad a la fecha de apertura fijada, a fin de que la entidad adjudicadora no pueda pasar información sobre esa oferta a algún otro concursante y a fin de que ningún otro concursante pueda obtener acceso, por sí mismo, a esa información (seguridad de la vía) (A/CN.9/568, párr. 41).

3 *sexies*. Los requisitos enunciados en los apartados a), b) y c) del párrafo anterior suelen estar previstos en el régimen general aplicable al comercio electrónico, y conforme se observó anteriormente en el párrafo [se remitirá aquí a la sección de orientación general], por lo que el Estado promulgante [deseará] [tal vez desee][3] considerar hasta qué punto su derecho interno actual ha previsto controles suficientes sobre las comunicaciones intercambiables en el curso de un proceso de adjudicación, así como si procedería introducir alguna regla adicional o prever la necesidad de esos controles en su reglamento de la contratación pública. Cabe citar el derecho interno de un país donde se exige que el jefe de toda entidad adjudicadora se cerciore antes de utilizar algún sistema de comercio electrónico, que el sistema utilizado [por la entidad adjudicadora] es capaz de garantizar la autenticidad y confidencialidad de las comunicaciones en la medida requerida por el riesgo inherente a esas comunicaciones y por la magnitud del daño a que pudiera dar lugar la pérdida de una comunicación o el empleo indebido o no autorizado del sistema, así como modificación no autorizada de la información”[4].

3 *septies*. Los requisitos señalados en los apartados d), e) y f) reclaman soluciones adaptadas a la contratación pública, particularmente en lo concerniente a la presentación de ofertas por vía electrónica, por lo que serán tratadas más adelante en los párrafos [remisión explícita].

4. Comentario

5. El Grupo de Trabajo sabrá sin duda, que el recurso a la vía electrónica de comunicación puede conllevar el empleo de equipo o programas informáticos especializados. El Grupo de Trabajo tal vez desee, por ello, prever que, en el supuesto de que la entidad adjudicadora desee utilizar algún programa informático

---

[3] Véase párrafo 23 de A/CN.9/WG.I/WP.38.

[4] *The United States Federal Acquisition Regulations*, sect. 4.502, disponible en www.arnet.gov/far/loadmainre.html.

especializado, la entidad adjudicadora deberá facilitar ella misma ese programa gratuitamente, y deberá cerciorarse de que el sistema electrónico que vaya a utilizar es plenamente compatible (mutuamente compatible) con los sistemas que sean de uso común o general. (Se utiliza el término de mutuamente compatible para designar aquellos sistemas que pueden comunicarse entre sí sin obstáculo técnico o funcional alguno, y que el régimen general del comercio electrónico del Estado promulgante, o la práctica comercial del país, haya determinado cuáles son esos sistemas o la manera de determinarlos.) Tal vez el Grupo de Trabajo estime oportuno que se defina lo que se entiende por "de uso común o general", y definir esa expresión en función de las normas de accesibilidad anteriormente descritas.

D. Noción de "electrónico" y otros términos conexos[5]

1. Observaciones generales

6. En las variantes de disposición concernientes a la equivalencia funcional, sometidas al examen del Grupo de Trabajo, no se da definición alguna de la noción de "medios de comunicación electrónicos ópticos o comparables" [, entre los que cabe citar el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax].

7. En su séptimo período de sesiones, el Grupo de Trabajo consideró si procedía insertar, en el artículo 2 de la Ley Modelo, una definición del término "electrónico" o de "medios electrónicos", inspirándose tal vez en las definiciones que se dan en las directivas de la Unión Europea concernientes a la contratación pública, de 31 de marzo de 2004 (Directiva 2004/17/CE y Directiva 2004/18/CE) (A/CN.9/575, párr. 20). La definición dada en la segunda de esas directivas dispone que: "un 'medio electrónico' es un medio que utilice equipos electrónicos de tratamiento (incluida la compresión digital) y almacenamiento de datos y que se sirva de la difusión, el envío y la recepción alámbricos, por radio, por medios ópticos o por otros medios electromagnéticos"[6].

2. Texto adicional propuesto para su inclusión en la Ley Modelo: adiciones al artículo 2 de la Ley Modelo para definir la noción de "electrónico" y otros términos conexos

8. A la luz del empleo del término "medios electrónicos" o "vía electrónica" y otros términos conexos en los artículos 4 *bis* y 9 *bis* propuestos, el Grupo de Trabajo convino en que volvería a examinar si procedía dar una definición de esos términos en un futuro período de sesiones (A/CN.9/575, párr. 22), a la luz de las siguientes variantes:

a) Variante A

"Por 'vía electrónica' utilizable para comunicar, publicar, intercambiar o archivar información o documentos se entenderá la creación, el intercambio, el

---

[5] Véase A/CN.9/WG.I/WP.34, párrs. 17 a 22, y A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, artículo 2, Definiciones.

[6] Véase artículo 1, párr. 13, de la Directiva 2004/18/CE de la UE.

envío, la recepción o el archivo de la información o de documentos por algún medio electrónico, óptico o comparable, entre los que cabe citar el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

Por 'vía electrónica' utilizable para reunir a personas físicas para cualquier fin previsto en la presente Ley, se entenderá todo método utilizable para reunir a esas personas, que les permita seguir y participar por vía electrónica en las actuaciones instituidas."

b) Variante B

"Por 'vía electrónica' utilizable para comunicar, publicar, intercambiar o archivar información o documentos, y para celebrar reuniones, se entenderá todo medio utilizable para crear, intercambiar, enviar, recibir o archivar información o documentos por medios electrónicos, ópticos o comparables, entre los que cabe citar el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax."

3. Comentario

9. El Grupo de Trabajo tal vez desee tener presente que la normativa legal del comercio electrónico de algunos ordenamientos ha definido ya el término "electrónico", o "vía electrónica", o contiene definiciones equivalentes de términos de mayor o menor alcance. Lo más frecuente es que esas definiciones se refieran a tecnologías eléctricas, digitales, magnéticas, radiofónicas, ópticas, electromagnéticas, biométricas y fotónicas, o que se haga referencia a la forma de transmitir o archivar la información (por ejemplo, valiéndose de técnicas de telecomunicación)[7].

---

[7] Cabe citar como ejemplos los siguientes:

a. Por''electrónico'' debe entenderse toda tecnología que cumpla alguna función eléctrica, digital o numérica, magnética, radiofónica, óptica, electromagnética o similar (*United States Electronic Signatures in Global and National Commerce Act of 2000; Sect. 106 (2)*);

b. Por "electrónico" se entenderá todo documento creado, grabado, transmitido o archivado en forma digital o numérica o en alguna otra forma intangible por medios electrónicos, magnéticos u ópticos, o por cualquier otro medio que sirva similarmente para crear, grabar, transmitir o archivar documentos; y por "vía electrónica" se entenderá cualquier vía que utilice medios análogos a los anteriormente citados. (Canadá: proyecto de *"Uniform Electronic Commerce Act" Part 1, 1 (a)*);

c. Por "Correo electrónico" debe entenderse todo mensaje en forma de texto, voz, sonido o imagen enviado a través de una red de comunicaciones públicas que pueda almacenarse en la red o en el equipo terminal del receptor hasta que este acceda al mismo (Directiva 2002/58/CE de la UE);

d. Por "comunicación electrónica" se entenderá: *a*) toda comunicación de información en forma de datos, textos o imágenes efectuada por medio de energía electromagnética dirigida y/o no dirigida, o *b*) toda comunicación de información en forma hablada transmitida por medio de energía electromagnética dirigida y/o no dirigida, en donde las señales habladas serán procesadas en el punto de destino por un sistema de reconocimiento automatizado de la voz." (Australia, *The Electronic Transactions Act 1999, Sect 5, (1)*);

e. Por "comunicación electrónica" se entenderá toda comunicación transmitida por una persona a otra, por un dispositivo a otro o por una persona a un dispositivo o viceversa, *a*) por medio de un sistema de telecomunicación (en el sentido de la *Telecommunications*

10. Ahora bien, la Ley Modelo del Comercio Electrónico no define directamente el término "electrónico", sino que aborda la cuestión de las comunicaciones electrónicas desde una perspectiva funcional. La sección de definiciones dispone que:

> *"a) Por 'mensaje de datos' se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax;*
>
> *b) Por 'intercambio electrónico de datos (EDI)' se entenderá la transmisión electrónica de información de una computadora a otra, estando estructurada la información conforme a alguna norma técnica convenida al efecto;"*

11. Estas definiciones son similares a las que se sugieren en el nuevo artículo 4 *bis* y en el artículo 9 revisado, conforme pueden verse en los textos que aparecen a continuación del párrafo 25 en el documento A/CN.9/WG.I/WP.38 y en el anterior párrafo 3 de la presente nota.

12. Se sugirió asimismo que tal vez no fuera preciso definir el término "vía electrónica" u otros términos conexos, dado que esa definición sería superflua a la luz del artículo 4 *bis* propuesto (véase su texto en A/CN.9/WG.I/WP.38, párr. 25). Además el Grupo de Trabajo tal vez considere que no definir esos términos sería lo más indicado a la luz del criterio enunciado de que la Ley Modelo solo debe regular cuestiones de comercio electrónico que conciernan directamente a la contratación pública. De concluir el Grupo de Trabajo que no procede dar ninguna definición en la Ley Modelo, tal vez estime oportuno que se dé una descripción de lo que se entiende por "vía electrónica" de comunicación en el texto introductorio de la Guía conforme a la que se sugiere en el texto que sigue al párrafo 23 del documento A/CN.9/WG.I/WP.38, a fin de responder a la inquietud de que la Guía debe alentar el empleo coherente de la terminología en los diversos Estados promulgantes, a fin de evitar todo conflicto eventual de leyes (A/CN.9/575, párr. 20).

Act 1984); *b*) por cualquier otro medio que transmita la comunicación en forma electrónica (*Electronic Communications Act 2000* del Reino Unido, Sect. 15);

f. Por "electrónico" se entenderá toda tecnología eléctrica, digital, magnética, óptica, electromagnética, biométrica, fotónica o conexa; por "comunicación electrónica" se entenderá toda información comunicada o destinada a ser comunicada a una persona o a una entidad pública, distinta del iniciador de la comunicación, que sea creada, comunicada, procesada, enviada, recibida, grabada, almacenada o mostrada por algún medio electrónico o en forma electrónica, pero que no esté en forma hablada, salvo que las señales habladas sean procesadas en su punto de destino por un sistema de reconocimiento automático de la voz (*Republic of Ireland Electronic Commerce Act 2000, Sect. 2*);

g. Por "documento electrónico" se entenderá todo documento creado, comunicado, recibido o archivado por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o de otra índole, en el marco de un mismo sistema de información o para su transmisión de un sistema de información a otro (*Singapore, Electronic Transactions Act (Chapter 88), Art. 2*).

La Secretaría observó que el derecho interno de otros países, particularmente los países de América Latina y Europa, no definía habitualmente el término "electrónico".

E. Validez jurídica de un contrato adjudicado por vía electrónica[8]

1. Observaciones generales

13. En el artículo 36 2) a) y b) de la Ley Modelo se dispone que se podrá exigir en el pliego de condiciones que el proveedor o contratista cuya oferta haya sido aceptada "firme un contrato escrito" en los términos de la oferta. De acuerdo con la postura general concerniente a la inclusión del comercio electrónico en el marco de la Ley Modelo, el Grupo de Trabajo ha decidido que la facultad de concluir un contrato por vía electrónica, así como la firma de un contrato así concluido, es un asunto que debe regirse por toda norma general del derecho interno que sea aplicable al comercio electrónico, por lo que la Ley Modelo no debe prever la conclusión del contrato adjudicado por algún medio electrónico (A/CN.9/575, párr. 50)[9]. Ahora bien, el Grupo de Trabajo expresó el parecer de que sería conveniente que la Guía examinara las cuestiones suscitadas por la contratación electrónica (véase, A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, párr. 44). A continuación se sugieren algunos textos que cabría incluir en la Ley Modelo a ese respecto.

2. Texto adicional propuesto para su inclusión en la Guía relativo al artículo 36 de la Ley Modelo, concerniente a la aceptación de una oferta y la entrada en vigor del contrato

14. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si cabría añadir el texto siguiente a continuación del párrafo 1 del comentario de la Guía sobre el artículo 36 de la Ley Modelo. Como se observó anteriormente, el texto figura bajo encabezamientos que cabría suprimir por razones de estilo al introducirse en el texto de la Guía.

Formalidades propias del contrato adjudicado

1) *bis*. Los artículos 27 y) y 38 u) de la Ley Modelo hablan de un "contrato escrito", y el artículo 36 2) a) y b) dispone que se podrá exigir en el pliego de condiciones que el proveedor o contratista, cuya oferta haya sido aceptada, "firme un contrato escrito" [, que podrá ser suscrito con una firma tradicional o con una firma electrónica]. [Los Estados contratantes tal vez deseen cerciorarse de si su derecho interno admite que el contrato adjudicado pueda ser firmado por vía electrónica.]

a) Contratación electrónica

1) *ter*. La solución preconizada por la CNUDMI, enunciada en el artículo 11 de su Ley Modelo del Comercio Electrónico, no trata de interferir con el régimen general aplicable a la formación de un contrato. Su finalidad no es

---

[8] Véase A/CN.9/WG.I/WP.34, párrs. 44 a 58, y A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2. El reconocimiento legal de las comunicaciones electrónicas tiene particular importancia respecto de la aceptación de una oferta y de la entrada en vigor del contrato adjudicado (artículo 36), y en lo concerniente a la firma electrónica y otras cuestiones contractuales.

[9] La Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas (2001) se ocupa de esta cuestión, como cabe deducir de su nombre. Véase el texto de la Ley Modelo en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17*, (A/56/17), anexo II. La Ley Modelo y su Guía para la incorporación al derecho interno han sido publicadas como publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.02.V.8, y están disponibles en formato electrónico en el sitio web de la CNUDMI (www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/2001Model_signatures.html).

sino la de "promover el comercio internacional, dando mayor certeza jurídica a la celebración del contrato por medios electrónicos. El artículo no trata solamente de la formación del contrato, sino también de la forma en que cabría expresar la oferta y la aceptación de la misma. En ciertos países, [el texto de esta disposición] ... podría considerarse como la mera expresión de algo evidente, como que la oferta y la aceptación pueden ser comunicadas por cualquier medio, incluidos los mensajes de datos. No obstante, la disposición es necesaria debido a la incertidumbre que subsiste en numerosos países sobre la posibilidad de que un contrato puede perfeccionarse válidamente por medios electrónicos. Esa incertidumbre dimana del hecho de que, en ciertos casos, los mensajes de datos, en los que se expresaban la oferta y la aceptación, podían ser generados por una terminal informática sin que hubiera una intervención humana inmediata, dando así lugar a dudas en cuanto a la expresión de voluntad de las partes. Otra razón de esa incertidumbre era inherente a la modalidad de comunicación y se debe a la ausencia de un documento consignado sobre papel." El propio artículo dispone que "[n]o se negará validez o fuerza ejecutoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación un mensaje de datos [es decir, una comunicación electrónica]".

b) Firma electrónica

1) *quater*. Por razones prácticas, tal vez el Estado promulgante desee prescribir la manera en que la parte interesada deberá firmar o autenticar de algún otro modo, de conformidad con la norma de derecho interno aplicable al comercio electrónico, todo contrato adjudicado que sea concluido por vía electrónica. Algunos Estados tal vez hayan previsto ciertos requisitos que ha de cumplir toda firma digital o toda otra forma autenticada de firma electrónica utilizable en el comercio electrónico, requisitos que cabría exigir en la contratación pública, con tal de que no restrinjan de algún modo el acceso al proceso de adjudicación.

1) *quinquies*. La solución propuesta por la CNUDMI puede verse formulada en el artículo 7 de la Ley Modelo. En el comentario que hace la Guía acerca de ese artículo se indica que tiene por finalidad promover la fiabilidad de la firma electrónica para surtir el efecto jurídico de una firma manuscrita en todo supuesto en el que la firma electrónica sea conceptuable como un equivalente funcional de la manuscrita. El propio texto del artículo regula la validez de la firma electrónica de un documento a la luz del principio de la equivalencia funcional, al disponer que: "[c]uando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos; ... si [la firma] es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente."

3. Comentario

15. El Grupo de Trabajo habrá observado que el párrafo 1) *bis* contiene variantes facultando el empleo de la firma electrónica y abordando la cuestión de la índole más o menos prescriptiva del texto de la Guía (véase párr. 23 de A/CN.9/WG.I/WP.38).

F. Obligación de llevar un expediente del proceso de adjudicación

1. Observaciones generales

16. El artículo 11 de la Ley Modelo de la Contratación Pública exige que la entidad adjudicadora lleve un expediente del proceso de adjudicación en donde deberán consignarse ciertos datos mínimos que deberán estar a disposición de cualquier persona que los solicite. Ahora bien, dado que el artículo 11 ha regulado la obligación de archivar, pero no de difundir, información, y dado que no prescribe la forma en que deberá llevarse el expediente, el Grupo de Trabajo ha pedido a la Secretaría que haga que las "normas de accesibilidad", enunciadas en el párrafo 30 del documento A/CN.9/WG.I/WP.38, sean aplicables tanto al archivo como a disponibilidad de la información. Esta petición puede ya verse reflejada en el texto del proyecto de artículo 4 *bis* y en su variante enunciada en el artículo 5 *bis*, así como en el texto sugerido para su inclusión en la Guía. Además, el Grupo de Trabajo ha decidido que el artículo 11 no se ocupe de la forma en que ha de llevarse el expediente, pero ha pedido que se examine dicha cuestión en la Guía (véase A/CN.9/575, párrs. 43 a 46).

2. Texto adicional propuesto para su inclusión en la Ley Modelo: revisiones al artículo 11 de la Ley Modelo para facultar a la entidad adjudicadora para llevar el expediente del proceso de adjudicación en la forma que estime oportuna

17. El Grupo de Trabajo ha pedido a la Secretaría que prepare una nueva versión del párrafo 6 del artículo 11 que haga que su texto sea aplicable a todo método utilizable para el archivo de documentos (A/CN.9/575, párr. 47). La revisión propuesta para dicho párrafo figura a continuación.

> Artículo 11. Expediente del proceso de adjudicación
>
> ...
>
> 6) El reglamento de la contratación pública podrá señalar los procedimientos que habrán de seguirse al llevar el expediente de un proceso de adjudicación, y el procedimiento a seguir para obtener acceso a dicho expediente, así como las medidas por las que se garantizará la integridad, la autenticidad y la accesibilidad del expediente, y, cuando así proceda, la confidencialidad de la información, la rastreabilidad del curso del proceso de adjudicación y la compatibilidad mutua de los sistemas utilizados para conservar el expediente.

3. Texto adicional propuesto para su inclusión en la Guía relativo al artículo 11 de la Ley Modelo, con miras a facultar a la entidad adjudicadora para llevar el expediente del proceso de adjudicación en la forma que estime oportuna

18. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si los párrafos siguientes pueden servir de base para la orientación impartida en la Guía sobre esta cuestión, aprovechando en lo posible el texto de la versión de 1994. Se reproduce a continuación (en caracteres normales) el texto del párrafo 1) de la Guía de 1994, y se presenta subrayado el texto adicional propuesto, tachándose el texto que se sugiere suprimir:

Artículo 11. Expediente del proceso de adjudicación

> 1. El obligar a la entidad adjudicadora a llevar un expediente del proceso de adjudicación es uno de los medios más eficaces para favorecer la transparencia y el control efectivo de ese proceso. El expediente debe recoger en forma resumida los datos principales del proceso de adjudicación, facilitando así el ejercicio por el proveedor o contratista agraviado de su derecho de recurso, lo que a su vez contribuye a que el régimen de la contratación pública disponga, en la medida de lo posible, de un mecanismo de autocontrol. Además, el imponer a la entidad adjudicadora la obligación de consignar en el expediente todo dato pertinente facilitará la labor de auditoría de los órganos de control y hará que la entidad adjudicadora se sienta más directamente responsable ante el público por el desembolso de fondos públicos...
>
> [el texto adicional propuesto para ser insertado en el marco actual del párrafo 1) será numerado párrafo 1 *bis,* separándose así el anterior párrafo 1) en dos nuevos párrafos[10]
>
> 1) *bis*. El artículo 11 se ocupa, no obstante, de la accesibilidad y disponibilidad de la información consignada en el expediente y no señala requisito de forma alguno ni las condiciones que han de cumplirse para poder llevar el expediente en forma electrónica (A/CN.9/575, párr. 45). Ahora bien, las normas de accesibilidad, enunciadas en [el artículo 4 *bis* o 5 *bis*], exigen, no obstante, que la entidad adjudicadora seleccione, para llevar el expediente, algún procedimiento de conservación o archivo de la información que la mantenga accesible, aun cuando la tecnología utilizada siga avanzando, y que además no resulte discriminatorio. El Estado promulgante tal vez desee también dictar algún reglamento que obligue a utilizar sistemas para conservar el expediente que sean plenamente compatibles entre sí (mutuamente compatibles) y que permitan que toda comunicación intercambiada en el proceso de adjudicación pueda ser verificada, a fin de que se pueda determinar la identidad del expedidor y del receptor, así como la fecha y hora y la duración de cada comunicación (y que sea reconstituible toda operación de procesamiento

---

[10] El resto del párrafo 1) y el comentario sobre este artículo se ocupa de la obligación de divulgar la información recogida en el expediente. El Grupo de Trabajo tal vez estime oportuno que se inserte un nuevo párrafo 1) bis, antes de pasarse a examinar que iría antes de lo concerniente a la divulgación, en donde se examine la accesibilidad y compatibilidad mutua de los sistemas utilizados para conservar el expediente, así como el período durante el cual deberá conservarse el expediente, y la confidencialidad, integridad y seguridad de todo documento electrónico en donde se consigne el expediente (A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, párr. 57).

automático de los datos o de cálculo: rastreabilidad de la operación). Además, el reglamento podrá determinar si deberá dejarse constancia de todo acceso obtenido al expediente del proceso o a la documentación del contrato, así como toda otra cuestión de protección de los datos que pueda surgir, a fin de velar por la integridad y seguridad de los datos, y por la confidencialidad de la información presentada y de las comunicaciones intercambiadas, lo cual puede verse tratado más en detalle en [se hará remisión al comentario del anterior artículo 9].]

G. Presentación por vía electrónica de las ofertas, propuestas o cotizaciones[11]

1. Observaciones generales

19. A tenor del artículo 30 5) a) las ofertas deberán presentarse "por escrito, firmadas y en sobre sellado", o a tenor del apartado b) podrán también presentarse "de cualquier otra forma que se especifique en el pliego de condiciones", a reserva de ciertas condiciones. A tenor del texto actual del artículo 30 5) b), el proveedor goza de un derecho preferente a presentar su oferta por escrito, firmada y en sobre sellado, a tenor de lo dispuesto en el apartado anterior. Según dice la Guía de 1994, este derecho constituye una importante salvaguardia "por no tener todo el mundo igual acceso a ciertos medios no tradicionales de comunicación como [el intercambio electrónico de datos (EDI)]". (Esas disposiciones se incorporan por remisión al capítulo III de la Ley Modelo y a sus artículos 46 1) (licitación en dos etapas) y 47 3) (licitación restringida), mientras que cabe encontrar disposiciones similares implícitas en el artículo 48 6) (solicitud de propuestas).) Ahora bien, a la luz de una disponibilidad más general de la tecnología requerida, el Grupo de Trabajo ha decidido enmendar esas disposiciones a fin de facultar a los interesados para presentar por vía electrónica todas esas categorías de ofertas por vía electrónica (A/CN.9/586, párr. 32).

20. De aplicarse el principio de la equivalencia funcional a la presentación por vía electrónica de una oferta, toda oferta correctamente presentada por vía electrónica deberá gozar de idéntica validez jurídica que una oferta presentada por escrito, firmada y en sobre sellado. El artículo 30 5) b) dispone que la forma en que se ha presentado una oferta debe dejar "constancia del contenido de la oferta y [proporcionar] por lo menos un grado análogo de autenticidad, seguridad y confidencialidad" del de una oferta presentada por escrito, firmada y en sobre sellado. La Guía menciona que tal vez se necesiten "ciertas reglas y técnicas" adicionales "que protejan la confidencialidad de la oferta e impidan su 'apertura' antes de que venza el plazo para su presentación"[12].

---

[11] Véase A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, párr. 33, y A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2.

[12] Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios, observaciones al artículo 30, párr. 3. Véase el texto de la Guía en A/CN.9/403, reproducido en el Anuario de la CNUDMI, vol. XXV:1994 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.95.V.20), tercera parte, anexo II.

21. En el contexto electrónico, el reglamento aplicable tal vez deba resolver las siguientes cuestiones. En primer lugar, la seguridad de la oferta: toda oferta debe ser protegida de toda interferencia o acceso no autorizado (por ejemplo, mediante barreras informáticas (*firewalls*)). En segundo lugar, la integridad de la oferta: el sistema utilizado debe impedir toda lectura o alteración del contenido de la oferta presentada antes del momento prescrito para su apertura (por ejemplo, mediante alguna técnica de cifrado, bloqueando el acceso a todas las ofertas, impidiendo que toda oferta pueda ser descifrada antes de la fecha de su apertura, velando por que la fecha y hora de apertura no pueda ser alterada sin la autorización debida, y quizá reforzando la vigilancia). En tercer lugar, deberá comprobarse la autenticidad de toda oferta. En cuarto lugar, deberá protegerse la confidencialidad de la información, particularmente todo derecho de propiedad intelectual. En quinto lugar, deberá velarse por la mutua compatibilidad de los sistema utilizados: toda entidad adjudicadora deberá velar por que los sistemas que utilicen sean plenamente compatibles con los de sus proveedores o contratistas eventuales. Por último, todo sistema debe ser periódicamente controlado para reforzar la protección del sistema contra toda interferencia exterior (particularmente virus, gusanos y piratas informáticos).

22. Para los fines del expediente que ha de llevarse del proceso de adjudicación, a tenor del artículo 11 de la Ley Modelo, deberá comprobarse la rastreabilidad de las comunicaciones que esté previsto intercambiar (véase el texto siguiente al párr. 18 *supra*). En términos prácticos se habría de llevar un registro de todo acceso al sistema previo a la apertura de las ofertas, a fin de poderse detectar todo acceso no autorizado.

23. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si procede que la Guía proponga que esta cuestión sea tratada en forma de un proyecto de texto reglamentario o de un proyecto de texto descriptivo, conforme a lo enunciado en los anteriores párrafos.

2. Texto adicional propuesto para la Ley Modelo: revisiones del artículo 30 de la Ley Modelo, para autorizar la presentación de la oferta en forma electrónica

24. A continuación se reproduce (en caracteres normales) el texto del párrafo 5) del artículo 30 de la Ley Modelo de 1994, a título de introducción del texto adicional propuesto, tachándose el texto que se sugiere suprimir y presentándose subrayado el nuevo texto sugerido:

Artículo 30. Presentación de las ofertas

5) a) ~~Salvo lo dispuesto en el apartado b),~~ Toda oferta deberá presentarse por escrito, firmada y en sobre sellado ~~b) Sin perjuicio del derecho de los proveedores o contratistas de presentar una oferta en la forma referida en el apartado a)~~, ~~la oferta podrá también presentarse de~~ <u>o en</u> cualquier otra forma que se especifique en el pliego de condiciones, <u>con tal de que la vía seleccionada por la entidad adjudicadora, para la presentación de las ofertas, cumpla con las normas de accesibilidad enunciadas en el [artículo 4 *bis* o 5 *bis*];</u>

b) La entidad adjudicadora dará, a los contratistas y proveedores que lo soliciten, un recibo en donde conste la fecha y la hora de la presentación de su oferta.

3. Comentario

25. Las revisiones propuestas facultarían a la entidad adjudicadora para insistir en que toda oferta sea presentada en formato electrónico al eliminar la opción anteriormente otorgada al proveedor de presentar su oferta en un sobre sellado. El Grupo de Trabajo habrá observado que, en el texto revisado sugerido, no se ha definido equivalente electrónico alguno del sobre sellado (lo concerniente a la confidencialidad, la seguridad y la integridad de los datos será examinado más en detalle en los párrs. 26 a 27 *infra*). El nuevo texto del artículo propuesto exige que la entidad adjudicadora observe, al seleccionar el método utilizable para la presentación de las ofertas, las normas de accesibilidad, anteriormente examinadas, aplicables a la selección de toda vía de comunicación utilizable en la contratación pública.

4. Texto adicional propuesto para la Guía relativo al artículo 30 de la Ley Modelo, para facultar la presentación de ofertas en forma electrónica

26. A la luz de lo anteriormente dicho, cabría enmendar el texto del párrafo 3 de la Guía actual, concerniente al artículo 30 de la Ley Modelo en términos como los que se indican a continuación, insertándose un nuevo párrafo 3 *bis* (presentándose tachado el texto que se sugiere suprimir y el nuevo texto propuesto subrayado):

Artículo 30. Presentación de las ofertas

3. ~~El requisito del~~ El párrafo 5) a) ~~de que~~ dispone que las ofertas sean presentadas por escrito ~~podrá ser objeto de la salvedad prevista en el inciso b) de ese mismo párrafo por la que se permite el empleo de alguna otra forma de comunicación, como pudiera ser el intercambio electrónico de datos (EDI),~~ así como por toda vía electrónica que sea conforme a lo [definido en el artículo 2] [descrito en el comentario del artículo 9], con tal de que la vía empleada permita dejar constancia del contenido de la comunicación. Debe estatuirse, a título de salvaguardias adicionales para proteger la regularidad del proceso de contratación, así como los intereses particulares de la entidad adjudicadora y de los proveedores y contratistas, ~~que el empleo de una forma distinta del escrito haya sido autorizado en el pliego de condiciones y que se reconozca el derecho de los proveedores y contratistas a presentar su oferta por escrito, salvaguardia esta última que puede ser importante por no tener todo el mundo igual acceso a ciertos medios no tradicionales de comunicación como el EDI, y que la forma alternativa empleada proporcione al menos el mismo grado de autenticidad, seguridad y confidencialidad. Cabe además señalar que de aplicarse el párrafo 5) para admitir alguna forma no tradicional de presentación de la oferta habría que~~ que la vía utilizable deberá estar indicada en el pliego de condiciones, y que esa vía deberá proporcionar, al menos, un grado similar de autenticidad, seguridad y confidencialidad que el reportado por la presentación de una oferta, en su forma tradicional, consignada sobre papel. Cabe que el Estado promulgante o una entidad adjudicadora considere que la presentación de ofertas por una vía no tradicional obligará a prever ciertas reglas y técnicas especiales que protejan la confidencialidad de la

oferta e impidan su "apertura" antes de que venza el plazo para su presentación, y que resuelvan además otras cuestiones que pudieran plantearse, de no ser presentada una oferta por escrito (por ejemplo, la forma que adoptaría la garantía de oferta).

3 *bis*. El Estado promulgante o las entidades adjudicadoras tal vez estimen por ello conveniente que se promulgue algún reglamento para resolver cuestiones como las siguientes: la del origen y autenticidad de las comunicaciones, documentos y ofertas (y propuestas o cotizaciones) que se reciban de los proveedores o contratistas: la de la integridad de las comunicaciones, documentos y ofertas que se reciban, y la de la fecha y hora de recepción de toda comunicación, documento u oferta que se reciba; la de impedir todo acceso, por parte de la entidad adjudicadora o de toda otra persona a las comunicaciones, documentos y ofertas con anterioridad al término del plazo fijado al respecto, previendo algún dispositivo detector de todo acceso o tentativa de acceso no autorizado a las comunicaciones, documentos y ofertas con anterioridad al término del plazo mencionado en el párrafo 1); la de salvaguardar la confidencialidad continua de las comunicaciones, documentos y ofertas recibidas de otros concursantes o concernientes a esos otros concursantes, y la de asegurar la rastreabilidad de las comunicaciones y la compatibilidad mutua de todos los sistema utilizados.

27. Como se indicó anteriormente, el Grupo de Trabajo tal vez desee que se examine o reglamente más en detalle estas cuestiones, insertando, por ejemplo, un nuevo párrafo 3) *ter*:

3 *ter*. Todo sistema utilizable para la recepción, por vía electrónica, de ofertas deberá garantizar al menos que:

a) [La autenticidad de] toda firma electrónica concerniente a una oferta [pueda ser comprobada] [sea conforme al régimen legal de la firma electrónica, por ejemplo, al régimen de la Ley Modelo de las firmas electrónicas];

b) El sistema utilizado sea mutuamente compatible con todo otro sistema de uso [general][13] en [el Estado promulgante];

c) Se pueda determinar la fecha y hora exactas de recepción de la oferta;

d) Ninguna persona pueda obtener acceso a una oferta con anterioridad a la fecha y hora señaladas en el pliego de condiciones, o con anterioridad al término de toda prorroga del plazo para la presentación de ofertas, es decir, con anterioridad al momento señalado para la apertura de las ofertas;

e) Toda violación de esa prohibición de acceso sea claramente detectable;

[13] Véase la noción de "uso general", párr. 5 *supra*.

f) La fecha y hora fijadas en el pliego de condiciones para la presentación de ofertas como toda prorroga de la misma, y el momento de la apertura de las ofertas, solo podrán ser modificados por [una persona autorizada] [dos personas autorizadas];

g) Las personas autorizadas solo tendrán acceso a la oferta al término de ese plazo;

h) Todo dato cuya recepción y apertura se rija por estos requisitos permanezca únicamente accesible a las personas que estén debidamente autorizadas[14].

H. Apertura de ofertas presentadas por vía electrónica

1. Observaciones generales

28. El artículo 33 1) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública dispone que las ofertas "se abrirán en la fecha y la hora indicadas en el pliego de condiciones como plazo para la presentación de ofertas [...], en el lugar y con las formalidades indicados en el pliego de condiciones." El artículo 33 2) dispone además que la entidad adjudicadora "autorizará a los proveedores o contratistas que hayan presentado ofertas a asistir al acto de apertura o a hacerse representar en él."

29. El Grupo de Trabajo ha observado que si bien los términos del artículo 33 1) pueden ser lo bastante latos para que sea admisible todo sistema para la apertura de ofertas, el texto del artículo 33 2) habla de la presencia física de los proveedores y contratistas en una fecha y un lugar determinados (A/CN.9/575, párr. 36). El Grupo de Trabajo decidió que debía insertarse en la Ley Modelo una disposición por la que se facultara la apertura de ofertas recibidas por vía electrónica. Dicha apertura podrá efectuarse por algún dispositivo informático que libere y abra automáticamente las ofertas en la fecha y hora indicadas en el pliego de condiciones y que divulgue automáticamente toda información que sea habitual divulgar con ocasión de la apertura de las ofertas. Cabe prever, asimismo, que solo las personas autorizadas podrán proceder a la apertura en línea de las ofertas y a divulgar la información que sea del caso.

30. La apertura electrónica de las ofertas puede requerir que se instalen ciertos controles de seguridad adicionales, distintos de los exigibles para otras operaciones de contratación electrónica. Por ejemplo, aun cuando algún dispositivo automático levante toda barrera de seguridad instalada y proceda a la apertura de las ofertas, ese dispositivo deberá ser activado en algún momento por alguna persona autorizada que haya sido designada para dicho cometido. Si la apertura de las ofertas ha sido encomendada a una o más personas, esas personas deberán disponer de toda llave de descifrado que haya de ser utilizada. Todo dispositivo de control tal vez obre además en manos de al menos dos personas autorizadas (por ejemplo para desbloquear los datos) que deberán actuar simultáneamente, conectando cada vía de

---

[14] Este reglamento está basado en la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (Diario Oficial de la Unión Europea, núm. L 134, 30 de abril de 2004, pág. 1).

acceso al sistema y a alguna actuación bien definida, y velando por que ninguna medida antivirus que deba ser instalada comprometa la integridad de los datos. Por último, el sistema debe permitir la apertura secuencial de los dos componentes de una oferta presentada, con arreglo al artículo 46 de la Ley Modelo, en el marco de una licitación en dos etapas, sin que la apertura del primer componente comprometa la seguridad del segundo. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si procede examinar estos pormenores técnicos en la Guía para la incorporación al derecho interno, o si bastará con la referencia general que se hace en los anteriores párrafos 21 y 22 a los dispositivos de control general que habrán de instalarse en el sistema utilizado.

2. Texto adicional propuesto para su inclusión en la Ley Modelo: revisiones del artículo 33 concernientes a la apertura de ofertas presentadas por vía electrónica

31. El Grupo de Trabajo ha decidido que el artículo 33 de la Ley Modelo debe ser revisado para incorporar al artículo los nuevos párrafos 4) y 5) que figuran a continuación (A/CN.9/575, párrs. 37 a 42):

> Artículo 33. Apertura de las ofertas
>
> ...
>
> 4) De tramitarse la contratación por vía electrónica, de conformidad con [insértense las disposiciones concernientes al intercambio por vía electrónica de las comunicaciones, a la subasta inversa y a todo otro método plenamente automatizado, de haberse previsto alguno], se entenderá que se autorizó a los proveedores o contratistas a asistir a la apertura de las ofertas si dispusieron de medios para poder seguir la apertura de las ofertas por alguna vía electrónica de comunicación que esté siendo utilizada por la entidad adjudicadora.
>
> 5) De haberse autorizado a los proveedores o contratistas a seguir el curso de la apertura de las ofertas por alguna vía electrónica de comunicación que esté siendo utilizada por la entidad adjudicadora de conformidad con lo previsto en el artículo 33 4), se entenderá que dichos concursantes fueron autorizados a asistir a la apertura de las ofertas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 2).

3. Texto adicional propuesto para su inclusión en la Guía en lo concerniente a la apertura de ofertas presentadas por vía electrónica

A la luz de lo anteriormente dicho, el Grupo de Trabajo tal vez desee que se imparta alguna orientación en lo concerniente a la apertura de ofertas que hayan sido presentadas por vía electrónica indicando algunas de las soluciones dadas a las cuestiones examinadas en los anteriores párrafos 29 y 30.

C. Nota de la Secretaría sobre posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios, presentada al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su octavo período de sesiones

(A/CN.9/WG.I/WP.39 y Add.1) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1-3
II.	Publicación de información relativa a la contratación pública no prevista en la Ley Modelo: estudio de prácticas nacionales, regionales e internacionales	4-29
	A. Observaciones generales	4-12
	1. Información cuya publicación se ha exigido tradicionalmente	5-8
	2. Información cuya publicación ha sido posibilitada por medios electrónicos de comunicación	9-12
	B. Publicación de textos reglamentarios adicionales no comprendidos en el artículo 5 de la Ley Modelo	13-29
	1. Ámbito de aplicación del artículo 5 de la Ley Modelo	13-17
	2. Prácticas en vigor a nivel internacional	18-19
	3. Prácticas en vigor en algunos regímenes internos de la contratación pública	20-28
	4. Conclusión	29

I. Introducción

1. Los antecedentes de la actual labor del Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) en cuanto a la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (la "Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública" o la "Ley Modelo")[1] figuran en los párrafos 5 a 34 del documento A/CN.9/WG.I/WP.37.

[1] Véase el texto de la Ley Modelo en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17 y corrección* (A/49/17 y Corr.1), anexo I (publicado también en el *Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional* (denominado en lo sucesivo *"Anuario de la CNUDMI"*), vol. XXV:1994 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.95.V.20), tercera parte, anexo I. La Ley Modelo figura en forma electrónica en el sitio web de la CNUDMI www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/procurement_infrastructure/1994Model.html).

2. En lo que respecta a la publicación electrónica de la información relativa a la contratación pública, el Grupo de Trabajo examinó, en sus períodos de sesiones sexto y séptimo (Viena, 30 de agosto a 3 de septiembre de 2004, y Nueva York, 4 a 8 de abril de 2005, respectivamente), entre otras cosas, la procedencia de incluir, en el marco de toda disposición nueva o existente de la Ley Modelo o de toda orientación que se impartiera, otra información hasta ahora no exigida por la Ley Modelo, pero que podría ser de interés para los posibles proveedores. Convino en estudiar la utilidad de publicar, en particular, i) instrumentos reglamentarios pertinentes a la contratación pública que no estaban abarcados por el actual artículo 5 de la Ley Modelo, como directrices internas o instrucciones de órganos administrativos, y ii) información general sobre contratos que se fueran a adjudicar. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que examinara las prácticas pertinentes aplicadas en los regímenes internos de la contratación pública y que presentara los resultados de ese examen para su consideración en un futuro período de sesiones. (A/CN.9/568, párrafo 28, y A/CN.9/575, párrafos 24 y 31).

3. La presente nota y su adición (A/CN.9/WG.I/WP.39/Add.1) se presentan, conforme a esa solicitud, para que las examine el Grupo de Trabajo en su octavo período de sesiones.

II. Publicación de información relativa a la contratación publica no prevista en la Ley Modelo: estudio de prácticas nacionales, regionales e internacionales

A. Observaciones generales

4. En algunos de los regímenes examinados existe la práctica de publicar, exigir, alentar o permitir la publicación de información que no está prevista en la Ley Modelo. El contenido de la información publicada, tanto si se trata de una publicación obligatoria como de una publicación opcional, y se especifique o no la vía de publicación, varía mucho de un país a otro. A los efectos del presente estudio, debería distinguirse entre la información cuya publicación se ha exigido tradicionalmente, y otra información cuya publicación se ha visto posibilitada por los medios electrónicos de comunicación.

1. Información cuya publicación se ha exigido tradicionalmente

5. La mayor parte de la información cuya publicación se ha exigido tradicionalmente fue examinada por el Grupo de Trabajo en el momento de la preparación de la Ley Modelo. Alguna información de esa índole, como las convocatorias de licitación y las notificaciones de adjudicaciones de contratos, se incluyó en las disposiciones de la Ley Modelo sobre publicación, mientras que la inclusión de información de otro tipo se rechazó en última instancia por diversas razones, por ejemplo, debido a las preocupaciones suscitadas por las cuestiones relativas a la confidencialidad, la confabulación de los proveedores o la

manipulación del mercado[2]. El tipo de información que se incluyó finalmente en las disposiciones de la Ley Modelo no fue necesariamente examinado en profundidad por el Grupo de Trabajo.

6. Por ejemplo, el Grupo de Trabajo de entonces no dedicó demasiado tiempo al examen del artículo 5 de la Ley Modelo (acceso del público a los textos normativos), que se analiza con mayores detalles en la sección B *infra*. Tampoco examinó sustancialmente la publicación de información sobre adjudicaciones de contratos (artículo 14 de la Ley Modelo)[3]. Como resultado de ello, las prácticas relacionadas con la publicación de información de esa índole con arreglo a los ordenamientos nacionales, regionales e internacionales no fueron examinadas por el Grupo de Trabajo de entonces[4]. Cierta información cuya divulgación al público en general resultaba útil a juicio del Grupo de Trabajo de entonces no se sujetó en última instancia a una publicación obligatoria con arreglo a la Ley Modelo, como sucede en la legislación de algunos de los países examinados, sino que se trató más bien en las disposiciones de la Ley Modelo sobre los expedientes de los procesos de

---

[2] Véanse, por ejemplo, el párrafo 211 del documento A/CN.9/331, reproducido en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. XXI:1990 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.91.V.6), segunda parte, II, A; los párrafos 153 a 155 del documento A/CN.9/343, reproducido en el *Anuario de la CNUDMI,* vol. XXII:1991 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.93.V.2), segunda parte, II, A, y el párrafo 71 del documento A/CN.9/359, reproducido en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. XXIII:1992 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.94.V.7), segunda parte, III, C.

[3] El requisito del anuncio público de las adjudicaciones de contratos se incluyó en la Ley Modelo en 1994. Véanse en el documento A/CN.9/376/Add.1 las observaciones formuladas por el Japón con respecto al artículo 32, y en el documento A/CN.9/377 las enmiendas propuestas para el párrafo 6) del artículo 32, que se reproducen en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. XXIV:1993 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.94.V.16), segunda parte, I. Con arreglo a la Ley Modelo sobre Contratación Pública de Bienes y Obras de 1993, la adjudicación del contrato solo se anuncia a los proveedores y contratistas (párrafo 6) del artículo 35). Véase el texto de la Ley Modelo sobre Contratación de Bienes y Obras de 1993 en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/48/17), anexo I (publicado también en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. XXIV:1993 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.94.V.16), tercera parte, anexo I). La Ley Modelo figura en forma electrónica en el sitio web de la CNUDMI (www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/procurement_infrastructure/1994Model.html).

[4] Por ejemplo, si bien los regímenes nacionales, regionales e internacionales suelen exigir que se anuncie públicamente la adjudicación de los contratos, el contenido del anuncio difiere considerablemente. En lo que respecta a las prácticas vigentes, véase, por ejemplo, el párrafo 4) del artículo 35 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (Diario Oficial de la Unión Europea, núm. L 134, de 30 de abril de 2004, pág. 114, que también figura en http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/legislation_en.htm) (denominada en lo sucesivo "Directiva de la Unión Europea sobre Contratos Públicos"), y el párrafo 1) del artículo XVIII del Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio (OMC) sobre Contratación Pública (denominado en lo sucesivo "ACP") (véase el apartado b) del anexo 4 del Acta Final, en que se consignan los resultados de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales, que figura en www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gpr-94_e.pdf). En algunos países se exige, además, la publicación de un resumen de los contratos públicos adjudicados como condición para que puedan entrar en vigor.

contratación[5] o en las disposiciones que exigen que se facilite a cualquier persona del público cierto tipo de información a su solicitud[6]. El Grupo de Trabajo de entonces consideró que otro tipo de información cuya publicación se exigía en algunos países debía divulgarse solo a los contratistas o proveedores interesados[7].

7. Por otra parte, otra información cuya publicación se exigía en algunos de los ordenamientos examinados no fue tenida en cuenta para su publicación por el Grupo de Trabajo de entonces, por ejemplo, una notificación sobre quejas presentadas a un órgano de supervisión acerca del proceso adjudicatorio[8]. Hubo información que no fue tenida en cuenta por el Grupo de Trabajo en ese momento, probablemente debido a que se consideró que dicha información estaba fuera del ámbito de aplicación de la Ley Modelo o estaba vinculada con procedimientos de contratación pública que el Grupo de Trabajo de entonces no examinó, por ejemplo, los acuerdos marco, o cuya inclusión en la Ley Modelo fue descartada desde un principio, por ejemplo, las listas de proveedores[9].

---

[5] La Ley Modelo, por ejemplo, exige a la entidad adjudicadora que consigne en el expediente del proceso de contratación una declaración de los motivos y circunstancias que justifiquen el empleo de métodos distintos de la licitación (párrafo 4) del artículo 18) y toda decisión que adopte en relación con la suspensión del proceso de contratación y los fundamentos y circunstancias correspondientes (párrafo 5) del artículo 56). En algunos de los países estudiados se exige esa clase de información. Por ejemplo, en los apartados E y F del párrafo 2.2-4303 del artículo 2 de la Ley de Virginia sobre Contratación Pública (VPPA), en su forma enmendada, (que figura en www.eva.state.va.us/dps/Manuals/docs/VPPA.pdf) se exige el anuncio público de toda contratación que se haga con un solo proveedor o contratista o por un método distinto de la licitación, en caso de emergencia. El anuncio debe contener una declaración en el sentido de que se ha determinado que solo se dispone de un proveedor o contratista o de que el contrato se adjudica en un caso de emergencia, según proceda, y se debe determinar el objeto del contrato, el contratista elegido y la fecha en que el contrato fue o será adjudicado. El anuncio debe publicarse en la fecha en que la entidad adjudicadora adjudique el contrato, o en la que anuncie su decisión de adjudicarlo, si esta fuera anterior. En lo que respecta a la suspensión del proceso de contratación, se exige el anuncio correspondiente, por ejemplo, en el artículo 6.3 de la Ley núm. IX-1217 sobre Contratación Pública de la República de Lituania, de 3 de diciembre de 2002, que figura en www.vpt.lt/admin/uploaded/lawonPP.pdf.

[6] Véase, por ejemplo, el párrafo 6) del artículo 7 de la Ley Modelo, relativo a comunicar los nombres de todos los proveedores o contratistas preseleccionados. El examen de esta cuestión en el Grupo de Trabajo se reseña en los párrafos 71 y 101 del documento A/CN.9/359, reproducido en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. XXIII:1992 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.94.V.7), segunda parte, III, C. En algunos países se exige publicar la lista de todos los proveedores o contratistas preseleccionados.

[7] Véase, por ejemplo, el párrafo 3) del artículo 12 de la Ley Modelo, en que se dispone que se dé aviso sin demora del rechazo de todas las ofertas, propuestas o cotizaciones a todos los proveedores o contratistas que las hayan presentado. Se exige la publicación de información de esta índole, por ejemplo, en el artículo 80 de la Ley sobre Contratación Pública de la República de Serbia, publicada en el *Diario Oficial de la República de Serbia*, núm. 39/2002, 43/2003 - la otra Ley, y 55/2004, que se pueden consultar en www.oecd.org/dataoecd/34/12/ 35016323.pdf.

[8] Véase, por ejemplo, el párrafo 1) del artículo 54 de la Ley sobre Contratación Pública de la República de Armenia, de 6 de diciembre de 2004, publicada en el Diario Oficial núm. 2004/72 (371), de 28 de diciembre de 2004.

[9] En cuanto a los requisitos de publicación en relación con las listas de proveedores, véase, por ejemplo, el párrafo 9) del artículo XI del ACP. En lo que concierne al examen de la cuestión de las listas de proveedores en el proyecto de la Ley Modelo, véanse el párrafo 44 del documento A/CN.9/315, reproducido en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. XX:1989 (publicación de las

8. En general, la historia de la elaboración y algunas de las disposiciones de la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo[10] indican que los encargados de la redacción de la Ley Modelo actuaron con cautela en lo que respecta a los costos y esfuerzos de publicar información relativa a la contratación pública, preservar su integridad y mantenerla actualizada. Es comprensible que esas preocupaciones se plantearan en aquel momento, dado que la Ley Modelo se elaboró principalmente para un soporte de papel y "los procedimientos mantenidos en la Ley Modelo reflejaban una práctica que tenía sus raíces en los documentos escritos"[11]. Como resultado de ello, la Ley Modelo exige la publicación de la información mínima necesaria para lograr la transparencia en el proceso de contratación y al mismo tiempo evitar lo que se consideraba en aquel momento la carga desproporcionadamente onerosa para un Estado promulgante en general y para una entidad adjudicadora en particular.

2. Información cuya publicación ha sido posibilitada por medios electrónicos de comunicación

9. La tendencia antes mencionada se ha invertido en los países en los que se utilizan ampliamente medios electrónicos de comunicación para la publicación de información relativa a la contratación pública. Las economías de costos, tiempo y esfuerzos que resultan de esa utilización han determinado una tendencia a facilitar la mayor cantidad posible de información a los proveedores.

10. Entre la información adicional relativa a la contratación cuya publicación por medios electrónicos generalmente se requiere, posibilita o alienta figuran i) los pliegos de condiciones, incluidas las especificaciones y modificaciones, cuya publicación completa en la Internet se alienta[12], ii) información sobre contratos próximamente adjudicables, que se analiza con mayores detalles en la sección I del documento A/CN.9/WG.I/WP.39/Add.1, iii) diversas listas de mercancías normalizadas[13], iv) diversos tipos de informes estadísticos, entre otras cosas, sobre los resultados de la contratación pública y los contratos adjudicados[14],

---

Naciones Unidas, núm. de venta S.90.V.9), segunda parte, II, A, y el párrafo 62 del documento A/CN.9/331, reproducido en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. XXI:1990 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.91.V.6), segunda parte, II, A.

[10] Véase, por ejemplo, en la Guía el párrafo 2 del comentario sobre el artículo 14, en el que se indica: "a fin de evitar el gasto excesivo que pudiera suponer esa publicación para la entidad adjudicadora de ser aplicable ese requisito a todo contrato adjudicado, cualquiera que sea su valor, el párrafo 3) faculta al Estado promulgante para fijar un umbral monetario por debajo del cual ese requisito no sería aplicable". Véase el texto de la Guía en el documento A/CN.9/403, reproducido en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. XXV:1994 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.95.V.20), tercera parte, anexo II. La Guía se puede consultar en formato electrónico en el sitio web de la CNUDMI (www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/procurement_infrastructure/1994Model.html).

[11] Véase el párrafo 107 del documento A/CN.9/359, que se reproduce en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. XXIII:1992 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.94.V.7), segunda parte, III, C.

[12] Véase, por ejemplo, el anexo VIII de la Directiva de la Unión Europea sobre Contratos Públicos.

[13] Véase, por ejemplo, el artículo 51 de la Ley sobre Contratación Pública de la República de Montenegro, publicada en su Diario Oficial núm. 40/2001, que figura también en www.rszz.cg.yu/procurement.doc.

[14] Véase, por ejemplo, el apartado 4 del párrafo 4) del artículo 35 y el párrafo 2) del artículo 77 de la Directiva de la Unión Europea sobre Contratos Públicos, en que se exige la publicación de

v) información sobre el estado de los procedimientos de contratación en curso, incluidas notificaciones de suspensión, vi) procedimientos cancelados, vii) expedientes de los procesos de contratación, y viii) cualquier información general útil, tal como la información sobre un punto de contacto para preguntas de carácter general. En la práctica, se facilita en general al público más información de la exigida o autorizada por la ley. Además de información adicional de diversa índole, aparecen también nuevos artículos y servicios[15].

11. Se alienta a publicar cierta información adicional, por ejemplo, en la directiva sobre contratación pública de la Unión Europea (la "directiva de la UE")[16]. La directiva de la Unión Europea prevé que si las especificaciones y otra documentación relacionada con la contratación se publican en su totalidad en la Internet a partir de la fecha de publicación del anuncio de contratación y el anuncio de contratación especifica la dirección de Internet en la que puede consultarse esa documentación, las entidades adjudicadoras podrán reducir los plazos de recepción de las ofertas[17]. También se encuentran disposiciones similares en la legislación nacional de algunos países de la Unión Europea[18].

12. La publicación de cierta información adicional puede resultar necesaria en vista de las nuevas técnicas y características de la contratación electrónica, como los catálogos electrónicos, los sistemas de compra dinámica o las subastas electrónicas

---

informes estadísticos sobre los resultados del proceso de contratación, en lugar del anuncio de la adjudicación, en ciertos tipos de contratos cuya adjudicación no es obligatorio anunciar. Véanse también el artículo 6 y el apéndice C de la Guía de las Obligaciones de Publicación en materia de Contratación Pública de Australia, de enero de 2005, que figura en www.finance.gov.au/ctc/austender-annual_procurement_p.html (denominada en lo sucesivo "Guía de Publicación de Australia"), y el artículo 70 de la Ley sobre Contratación Pública de la República de Montenegro (véase la nota 13 *supra*), que exigen la publicación de información sobre contratos públicos cuyo valor sea igual o superior a un umbral establecido (en Australia, la información pertinente debe incluirse en un sitio web oficial relativo a la contratación pública en un plazo de seis semanas a partir de la fecha en que se haya celebrado el acuerdo, y en la República de Montenegro, la Comisión de Contratación Pública debe publicar esa información al menos una vez por año. En los dos países los informes deben contener detalles sobre la entidad adjudicadora, el contrato (por ejemplo, las fechas de inicio y terminación, el método de contratación, el valor, una descripción suficiente como para determinar de qué bienes o servicios se trata y en qué cantidad o el período de la oferta pendiente) y el proveedor (por ejemplo, el nombre, la dirección y los números de registro). En Australia, también, en el artículo 8.1 de la Guía de Publicación, Guía de la Gestión Financiera núm. 15, de enero de 2005, que figura en www.finance.gov.au/ctc/docs/ Procurement_Publishing_Obligations_-_January_2005.pdf, se dispone la publicación de listas de contratos públicos de valor igual o superior al umbral definido que no se hayan ejecutado plenamente o que no se hayan celebrado en los 12 meses anteriores. Véase también el artículo 72 de la Ley sobre Contratación Pública de la República de Montenegro, que exige la publicación de informes anuales de evaluación en la materia.

[15] Por ejemplo, en el sitio web oficial de Chile relativo a la contratación pública se ofrece el Servicio de Orientación Normativa, que presta asesoramiento jurídico sobre el régimen de la contratación pública. Véase www.chilecompra.cl/portal/centro_informaciones/ fr_ley_compras.html.

[16] Véase la nota 4 *supra*.

[17] Párrafo 6) del artículo 38 de la Directiva de la Unión Europea sobre Contratos Públicos.

[18] Véase, por ejemplo, el apartado 3) del párrafo 1) del artículo 22 de la Ley núm. IX-1217 sobre Contratación Pública de la República de Lituania, de 3 de diciembre de 2002, que figura en www.vpt.lt/admin/uploaded/lawonPP.pdf.

inversas (SEI). Si bien en los ordenamientos examinados la mayoría de las necesidades de divulgación de información al público derivadas de la utilización de esas técnicas y características se han visto satisfechas mediante información difundida por medios tradicionales, como anuncios de contratación y anuncios de adjudicaciones de contratos, así como expedientes de los procesos de contratación, puede resultar necesario el suministro de mayor información al público. Algunos requisitos específicos de publicidad se encuentran, por ejemplo, con respecto a los expedientes de los procesos de subastas electrónicas inversas en el Brasil (véase el párrafo 37 del documento A/CN.9/WG.I/WP.35/Add.1).

B. Publicación de textos reglamentarios adicionales no comprendidos en el artículo 5 de la Ley Modelo

1. Ámbito de aplicación del artículo 5 de la Ley Modelo

13. Cuando se preparó la Ley Modelo en el decenio de 1990, el Grupo de Trabajo de entonces realizó su labor sobre la base de que unas leyes y reglamentos claros y de fácil acceso relativos a la contratación promoverían la transparencia y crearían previsibilidad y confianza en el proceso de contratación pública[19]. Varios artículos, principalmente el artículo 5 (acceso del público a los textos normativos), estaban destinados a promover el acceso del público a las normas que rigen la contratación pública.

14. El texto original del artículo 5 se basaba a grandes rasgos en el párrafo 1 del artículo VI del Acuerdo del GATT sobre Compras del Sector Público de 1981[20], salvo que este último, además de referirse a leyes, reglamentos y resoluciones administrativas de aplicación general se refería también a decisiones judiciales y cualesquiera procedimientos (incluidas las cláusulas modelo) relativos a las compras del sector público[21]. El Grupo de Trabajo de entonces no dedicó demasiado tiempo al examen del texto original del artículo 5 y solo le introdujo un cambio sustantivo añadiendo el requisito de "actualización sistemática" de los textos mencionados en el artículo[22].

---

[19] Véase el párrafo 20 del documento A/CN.9/315, reproducido en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. XX:1989 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.90.V.9), segunda parte, II, A.

[20] Como se indica en el párrafo 1 del comentario original sobre el artículo 5, que figura en el documento A/CN.9/WG.V/WP.25, reproducido en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. XXI:1990 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.91.V.6), segunda parte, II, C.

[21] El texto del Acuerdo del GATT sobre Compras del Sector Público figura en www.wto.org/english/docs_e/legal_e/tokyo_gpr_e.pdf.

[22] La reseña de la preparación del artículo 5 de la Ley Modelo figura en los siguientes documentos: párrafo 35 del documento A/CN.9/331, reproducido en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. XXI:1990 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.91.V.6), segunda parte, II, A; párrafo 65 del documento A/CN.9/343, reproducido en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. XXI:1991 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.93.V.2), segunda parte, II, A; párrafo 44 del documento A/CN.9/359, reproducido en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. XXIII:1992 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.94.V.7), segunda parte, III, C, y párrafos 39 y 40 del documento A/CN.9/371, reproducido en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. XXIV:1993 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.94.V.16), segunda parte, I, A.

15. Conforme al artículo 5, tal como lo sugiere su título "Acceso del público a los textos normativos", el requisito de acceso del público y actualización sistemática se aplica a los textos normativos que reglamentan la contratación pública. El comentario en la Guía para la incorporación al derecho interno establece que el propósito del artículo es promover la transparencia en las leyes, los reglamentos y otros textos normativos relativos a la contratación pública exigiendo el acceso del público a esos textos. Los textos normativos enumerados en el artículo 5 son "la presente ley y el reglamento de la contratación pública, así como todas las decisiones y directrices administrativas de aplicación general referentes a contratos cuya adjudicación se rija por la presente ley, y todas las enmiendas de esos textos."

16. La "reglamentación de la contratación pública" se define en el artículo 4 de la Ley Modelo como la que promulgará el órgano competente para cumplir los objetivos y poner en práctica las disposiciones de la Ley. Se puso de relieve específicamente la necesidad de asegurar la publicidad de tales reglamentos, en vista de la posibilidad de recurrir a ellos para excluir la aplicación de la Ley Modelo, con arreglo a lo dispuesto en el apartado c) del párrafo 2) de su artículo 1[23]. En el contexto del artículo 4, se procuró ampliar el alcance de la "reglamentación de la contratación pública" mencionada en ese artículo a fin de incluir decisiones, orientaciones y directrices administrativas emitidas no solo por los órganos facultados para reglamentar la contratación pública, sino también por los órganos facultados para promulgar esas decisiones, orientaciones y directrices. No obstante, el Grupo de Trabajo de entonces rechazó esa sugerencia, proponiendo en cambio que en el comentario se mencionara que, además de la Ley Modelo, podrían ser aplicables en determinados procedimientos de contratación diversos tipos de decisiones, orientaciones y directrices[24]. En la Guía para la incorporación al derecho interno no se incluyó ningún texto de esa índole, y el artículo 5, al referirse a "decisiones y directrices administrativas de aplicación general" junto con el "reglamento de la contratación pública", aclara que estas dos categorías de documentos son diferentes.

17. La referencia a "decisiones y directrices administrativas de aplicación general" solo aparece en el artículo 5, y el término no se precisa con mayor exactitud. Salvo por lo que respecta a la nota en el comentario original en el sentido de que no se prevé que el artículo 5 abarque decisiones y directrices administrativas dirigidas o que afectan a determinados contratistas o proveedores[25], el Grupo de Trabajo de entonces no proporcionó ninguna otra orientación en cuanto al alcance del término (por otra parte, las referencias a "leyes" y "reglamentaciones de contratación pública" se encuentran también en el párrafo t) del artículo 27 y en el párrafo s) del artículo 38 de la Ley Modelo, que requieren que la entidad adjudicadora se remita a

---

[23] Véase el párrafo 20 del documento A/CN.9/359, reproducido en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. XXIII:1992 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.94.V.7), segunda parte, III, C.

[24] Véase el párrafo 34 del documento A/CN.9/331, reproducido en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. XXI:1990 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.91.V.6), segunda parte, II, A.

[25] Véase el párrafo 3 del artículo 5 del documento A/CN.9/WG.V/WP.25, reproducido en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. XXI:1990 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.91.V.6), segunda parte, II, C.

la ley, a la reglamentación de contratación pública o a cualquier otra disposición de derecho interno que sea directamente aplicable al proceso de contratación en los pliegos de condiciones y las solicitudes de propuestas de servicios)[26].

2. Prácticas en vigor a nivel internacional

18. La mayoría de los instrumentos internacionales relacionados con la contratación pública requieren la publicación de "todas las leyes, reglamentos, decisiones judiciales y resoluciones administrativas de aplicación general y los procedimientos (incluidas las cláusulas modelo) relativos a los contratos públicos". Esta redacción se encuentra en el párrafo 1) del artículo XIX del actual Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP)[27] de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y, en una versión ligeramente enmendada, en particular con una referencia a la jurisprudencia, en el párrafo 1) del artículo 1019 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) (Capítulo 10)[28]. Se ha considerado la posibilidad de incluir una redacción similar en el artículo 10 del Capítulo XVIII (Compras/Contrataciones/Adquisiciones del Sector Público) del borrador de acuerdo del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA)[29]. En el párrafo 5 de los Principios no vinculantes sobre la contratación pública de la APEC se menciona la transparencia de "las leyes, los reglamentos, las decisiones judiciales, las resoluciones administrativas, las políticas (incluidos cualesquiera tratamientos discriminatorios o preferenciales, como las prohibiciones que se aplican o de las que se exime a determinadas categorías de proveedores), y los procedimientos y prácticas (incluida la elección del método de contratación pública) relativos a [la contratación pública]," y en el párrafo 61, la elaboración y la publicación de "leyes, reglamentos, políticas, prácticas y procedimientos de contratación pública"[30].

19. En la OMC, en el contexto de las negociaciones de un acuerdo sobre transparencia en la contratación pública, se examinaron dos enfoques en lo que respecta al alcance de la información sobre la legislación y los procedimientos relativos a la contratación pública que se debería publicar en aplicación de un acuerdo futuro: i) uno formal, que entrañaría la publicación, por ejemplo, de todas las leyes, órdenes ministeriales, directrices administrativas o normas y procedimientos internos; ii) otro que consistiría en determinar el contenido sustancial de la información que se debería publicar, independientemente de su forma jurídica. La OMC estimó que el segundo enfoque sería más conveniente, dado

---

[26] La reseña de la preparación de las disposiciones pertinentes de la Ley Modelo figura en los párrafos 93 a 97 del documento A/CN.9/331, reproducido en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. XXI:1990 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.91.V.6), segunda parte, II, A, los párrafos 181 a 183 del documento A/CN.9/343, reproducido en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. XXII:1991 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.93.V.2), segunda parte, II, A, y el párrafo 110 del documento A/CN.9/371, reproducido en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. XXIV:1993 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.94.V.16), segunda parte, I, A.

[27] Véase la nota 4 *supra*.

[28] Figura en www.dfait-maeci.gc.ca/nafta-alena/chap10-en.asp?#SectionD.

[29] El proyecto de fecha 21 de noviembre de 2003 figura en www.ftaa-alca.org/FTAADraft03/ChapterXVIII_e.asp.

[30] Figura en www.apec.org/content/apec/apec_groups/committees/committee_on_trade/government_procurement.html.

que lo importante era el contenido sustancial de la información que se publicara, y que el objetivo de la transparencia no se lograría si las publicaciones en las que figuraran las leyes y reglamentos pertinentes no abarcaran los aspectos importantes de las prácticas y procedimientos nacionales en materia de contratación pública[31].

3. Prácticas en vigor en algunos regímenes internos de la contratación pública

20. La cantidad de información relativa a la reglamentación de la contratación pública que se pone a disposición del público varía de un Estado a otro, dependiendo de las tradiciones y los ordenamientos jurídicos, en particular de las fuentes, la forma y la naturaleza de las normas y los procedimientos internos que regulan la contratación pública, así como del nivel de transparencia de esos procedimientos. Los Estados Parte en los instrumentos internacionales pertinentes, como el Acuerdo sobre Contratación Pública o el Tratado de Libre Comercio de América del Norte[32], están sujetos a los requisitos de transparencia de los textos reglamentarios relativos a la contratación pública, que pueden ser más amplios que los aplicables en el plano nacional a la publicación de otros textos reglamentarios[33].

21. En lo que respecta a las fuentes, la forma y la naturaleza de las normas y los procedimientos internos que reglamentan la contratación pública, se señala a la atención del Grupo de Trabajo el informe del Secretario General sobre Contratación Pública (A/CN.9/WG.V/WP.22)[34] presentado en 1989 al Grupo de Trabajo encargado entonces de elaborar la Ley Modelo, que aborda dichas cuestiones en los párrafos 7 y 30 a 38. Las conclusiones del informe siguen siendo pertinentes y se recogen en los párrafos que figuran a continuación.

---

[31] Véanse, por ejemplo, los informes del Grupo de Trabajo de la OMC sobre la transparencia de la contratación pública al Consejo General (1998 y 1999), anexo, párrafo 27 en el informe de 1998 y párrafo 29 en el informe de 1999. Los dos figuran bajo el título "Informes anuales" en www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gptran_e.htm.

[32] Actualmente son parte en el ACP los siguientes Estados: Canadá, Comunidades Europeas (incluidos sus 25 Estados miembros: Alemania, Austria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa y Suecia), Corea, Estados Unidos de América, Islandia, Israel, Japón, Liechtenstein, Países Bajos con respecto a Aruba, Noruega, RAE de Hong Kong (China), Singapur y Suiza. Los siguientes Estados están negociando la adhesión: Albania, Bulgaria, Georgia, Jordania, Kirguistán, Moldova, Omán, Panamá y Taipei Chino (República de China). Figura información al respecto en www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/memobs_e.htm. Los miembros del Tratado de Libre Comercio de América del Norte son el Canadá, los Estados Unidos de América y México.

[33] En el contexto de la OMC la contratación pública está sujeta a obligaciones de transparencia no solo con arreglo al ACP, sino también al artículo X.1 del Acuerdo del GATT y el artículo III.1 del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), es decir que el número de Estados que están obligados a publicar las medidas relativas a la contratación pública no se limita a los Estados parte en el ACP.

[34] Reproducido en el Anuario de la CNUDMI, vol. XX:1989 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.90.V.9), segunda parte, II, B.

22. En los Estados en que la contratación pública se rige por normas jurídicas vinculantes y obligatorias, como es el caso de la mayoría de los que se examinan en el presente estudio, la mayoría de esas normas estarían comprendidas en el ámbito del artículo 5 de la Ley Modelo, dado que se considerarían textos "legales" o "normativos". Como tales, están sujetos al principio general de la publicidad de los textos normativos, generalmente consagrado en la Constitución y desarrollado por el derecho administrativo, según el cual un texto normativo, para ser jurídicamente vinculante, debe publicarse en el medio de difusión especificado. Las leyes y los reglamentos relativos a la contratación pública se publican generalmente en el Diario Oficial, mientras que las decisiones y directrices administrativas pueden publicarse en ese mismo medio o en un medio diferente. En algunos países, solo las decisiones administrativas de algunos órganos están sujetas a publicación obligatoria[35].

23. En algunos países la contratación pública se rige principalmente por normas y directrices internas para el control económico y financiero de la administración pública adoptadas en virtud de un texto legislativo, por ejemplo, una ley general relativa a la administración de las finanzas[36]. Por lo general existen leyes específicas que requieren la publicación de esas normas[37]. Dichas normas a menudo conceden amplia discreción a los directores de las entidades adjudicadoras en lo que respecta a la gestión del proceso de contratación. Esa amplia delegación de

---

[35] Véase, por ejemplo, el apéndice IV del ACP, en que se enumeran las publicaciones utilizadas por sus Estados parte para la publicación de textos con arreglo al párrafo 1 de su artículo XIX.

[36] Por ejemplo, en Australia la contratación pública está regulada mayormente por normas oficiales pertinentes, entre ellas las Directrices de Contratación Pública del Commonwealth, circulares financieras y la Guía de la Contratación Pública. Esta última comprende una variedad de documentos de orientación, electrónicos e impresos, preparados por el Departamento de Finanzas y Administración para ayudar a los organismos y a sus funcionarios a aplicar la política oficial de contratación pública. Véase el artículo 2.7 de las Directrices de Contratación Pública del Commonwealth (CPG), de enero de 2005 (denominadas en lo sucesivo "CPG"), que figuran en www.finance.gov.au/ctc/commonwealth_procurement_guide.html. En los Estados Unidos la contratación pública del Gobierno Federal se rige por un código detallado de políticas y normas comunes (el Reglamento Federal de Adquisiciones (FAR)), que figura en http://farsite.hill.af.mil/reghtml/regs/far2afmcfars/fardfars/far/01.htm#P52_10741, publicado conjuntamente por la Administración de Servicios Generales del Departamento de Defensa y la Administración Nacional de Aeronáutica y del Espacio. En él se prescriben diferentes procedimientos, se ofrece a las entidades adjudicadoras diversas alternativas técnicas y se establecen cláusulas contractuales y formularios adjuntos recomendados y obligatorios. Véase también el informe de evaluación del Banco Mundial relativo a la contratación pública en los países de la Organización de los Estados del Caribe Oriental (OECO), revisado en abril de 2003, que figura en http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CARICAD/UNPAN010037.pdf.

[37] Véase, por ejemplo, la Ley sobre la Libertad de Información de Australia de 1982, que figura en www.comlaw.gov.au/comlaw/Legislation/ActCompilation1.nsf/0/833CC604CCEF2A25CA25702600029E3A/$file/FreedmInfo1982_WD02.pdf. En los Estados Unidos, con arreglo al artículo 1.105-1 del FAR, ese Reglamento se incluirá en el Capítulo 1 del Título 48 del Código de Reglamentaciones Federales de los Estados Unidos (CFR). Los capítulos subsiguientes se reservan para reglamentaciones sobre adquisiciones de los organismos que sirven para aplicar o complementar el FAR. Además, en virtud del apartado b) del artículo 1.301 del FAR, las reglamentaciones sobre adquisiciones de los organismos deben publicarse en el Registro Federal, a efectos de recabar comentarios, cuando "tengan efectos considerables en esferas ajenas a los procedimientos internos de funcionamiento del organismo o entrañen un costo o un impacto administrativo considerable para los contratistas u ofertantes".

autoridad les permite formular reglas en materia de contratación pública para cada caso particular[38]. Aun cuando no exista un requisito específico en cuanto a la publicación de esas reglas[39], es posible que la administración pública esté sujeta a una obligación general de transparencia. Aún queda por determinar si esas reglas son "textos normativos" en el sentido del artículo 5 de la Ley Modelo.

24. En algunos países la contratación pública también puede estar regida por documentos internos como memorandos, circulares, cartas informativas ministeriales e instrucciones publicadas por los ministerios o las entidades adjudicadoras. Algunos de esos textos están destinados a funcionarios de la administración más que al público en general; no obstante, pueden tener influencia en el proceso de contratación pública en su conjunto. Por otra parte, las autoridades nacionales o locales a menudo elaboran guías y manuales generales o especializados relativos a la contratación pública, pero esos documentos también pueden ser publicados por las entidades adjudicadoras o los organismos encargados de mantener sitios web consagrados a la contratación pública[40]. Si bien la utilización de algunas guías o manuales por parte del conjunto de las entidades adjudicadoras puede ser obligatoria[41], la mayoría solo se publica con fines de referencia y de

---

[38] Véase, por ejemplo, el artículo 3 de las CPG de Australia, en virtud del cual el director del organismo puede dictar instrucciones ejecutivas, disponer procedimientos internos y formular directrices operacionales para proporcionar orientación detallada a sus funcionarios con respecto a la gestión financiera, incluida la contratación pública. En los Estados Unidos, en virtud del FAR los funcionarios competentes de las entidades adjudicadoras asumen funciones importantes de reglamentación: los directores de los organismos adjudicadores "pueden dictar o autorizar que se dicten reglamentaciones con respecto a las adquisiciones de los organismos que sirvan para aplicar o complementar el FAR, e incorporar, conjuntamente con el FAR, políticas, procedimientos, cláusulas contractuales, disposiciones sobre solicitud de propuestas y formularios que regulen el proceso de contratación o controlen de otra manera la relación entre el organismo, incluidas sus dependencias, y los contratistas o posibles contratistas" (FAR 1.301 a) 1)), y también "pueden dictar o autorizar que se dicten directrices internas a cualquier nivel organizativo (por ejemplo, designaciones y delegación de autoridad, asignación de responsabilidades, procedimientos de tramitación y requisitos internos de presentación de informes)" (FAR 1.301 a) 2)).

[39] Por ejemplo, con arreglo al apartado b) del artículo 1.301 del FAR, las directrices internas de los organismos no están sujetas a los mismos requisitos de anuncio público que sus reglamentos de adquisiciones (véase la nota 37 *supra*).

[40] Véase, por ejemplo, el Manual sobre contratación pública de tecnología de la información en el sitio web de la Cancillería Federal de Austria (IT-Beschaffungshandbuch), varios documentos de referencia sobre el tema en el sitio web de la Bundeskartellamt de Alemania, órgano del Gobierno Federal que supervisa las actividades de los monopolios (www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/merkblaetter/Vergaberecht/MerkblVergabe.shtml), y el Manual sobre contratación pública, con orientación sobre la preparación de formularios electrónicos, preparado por el Ministerio de Transporte y Obras Públicas de Alemania (www.bmvbw.de/Bauwesen/Bauauftragsvergabe-,1535/Vergabehandbuch.htm), además de una serie de manuales que aclaran el proceso de contratación pública, entre ellos el "Manual de Proyectos", el Manual de Obras Públicas, el Manual de Mantenimiento y el Manual del Proveedor en la Subasta Electrónica Inversa, que figuran en el sitio web oficial del gobierno del Brasil relativo a la contratación pública (www.comprasnet.gov.br).

[41] Véase, por ejemplo, la sección 6 de la Ley núm. 9184 para la Modernización, Normalización y Reglamentación de las actividades de contratación pública del Gobierno de Filipinas y otros fines (la "Ley de Reforma de la Contratación Pública"), que dispone que el Consejo Normativo

orientación. Esos documentos por lo general no se consideran "textos normativos" y, por consiguiente, no están comprendidos en el ámbito del artículo 5 de la Ley Modelo. Por regla general, no están sujetos a las mismas normas de publicidad aplicables en el ordenamiento jurídico interno a los "textos normativos". En la práctica, a menudo ha resultado difícil encontrarlos. Algunos de ellos pueden ser objeto de una publicación comercial, pero en otros países las circulares ministeriales pueden publicarse en el mismo medio que las leyes y los reglamentos[42]. Algunos de esos textos se han puesto a disposición del público en la Internet, generalmente en forma gratuita, pero en ciertos casos es necesario pagar un derecho de acceso.

25. En otro grupo de países en que no existe un marco jurídico vinculante y obligatorio en lo que respecta a la contratación pública[43] las entidades adjudicadoras públicas tienen flexibilidad para contratar con otras partes mediante los procedimientos y en las condiciones que estimen apropiados basándose en principios generales como la igualdad de tratamiento de los proveedores[44], la promoción de los intereses públicos y la buena gobernanza. En algunos casos existen normas y reglamentos publicados por los diversos organismos que intervienen en la contratación pública. En un país, por lo menos, se observó que los ministros o los funcionarios de esos organismos podían fácilmente pasar por alto o enmendar esas reglas, que estas no creaban obligaciones ni derechos reconocidos por la ley y que era poco probable que pudieran hacerse respetar por una decisión judicial[45]. Esas reglas no son "textos normativos" propiamente dichos y por lo tanto no están comprendidas en el ámbito del artículo 5 de la Ley Modelo. Su publicación puede exigirse en virtud del principio general de la transparencia de la administración o de determinada ley[46].

---

de la Contratación Pública procure elaborar manuales genéricos que deberán utilizar todas las entidades adjudicadoras. La Ley figura en www.tag.org.ph/phillaw/Gov_Pro_Ref_%20Act.pdf.

[42] Véase, por ejemplo, el apéndice IV del ACP, en que se enumeran las publicaciones utilizadas por sus Estados parte para la publicación de textos con arreglo al párrafo 1 del su artículo XIX.

[43] En Nueva Zelandia, por ejemplo, los directores de las entidades adjudicadoras están facultados para gestionar libremente las actividades de adquisiciones de sus departamentos. Lo hacen sobre la base de principios generales de buena gobernanza y de requisitos de probidad establecidos en las leyes que regulan las finanzas públicas y el sector público en general, y dentro de un marco normativo amplio de contratación pública que consagra principios generales en la materia como los del ciclo vital, la buena relación costo-calidad, la competencia abierta y efectiva y las plenas e iguales oportunidades para los proveedores nacionales. Véase el informe presentado por Nueva Zelandia al Foro de Cooperación Económica de Asia y el Pacífico (APEC) en 2002, que figura en www.apec.org/apec/documents_reports/ government_procurement_experts_group/2002.html.

[44] Véase, por ejemplo, el artículo 298 de la Constitución de la India de 1950, que figura en http://indiacode.nic.in/coiweb/coifiles/p12.htm.

[45] Véanse, por ejemplo, las conclusiones del Informe de evaluación de la contratación pública en la India preparado por el Banco Mundial en 2003, que figura en www-wds.worldbank.org/ servlet/WDS_IBank_Servlet?pcont=details&eid=000012009_20040402111746.

[46] En la India no existía, hasta hace muy poco, ningún requisito legal explícito para la publicación de normas internas de las autoridades públicas. El 11 de mayo de 2005, el Parlamento de la India (Lok Sabha) promulgó la Ley sobre el Derecho a la Información, que dispone que las autoridades públicas difundan en forma periódica y amplia, y de una manera que sea fácilmente accesible para el público, documentos relacionados con el cumplimiento de sus funciones, entre ellos "normas, reglamentos, instrucciones, manuales y archivos que posea o controle, o que sus empleados utilicen para el desempeño de sus funciones". Véase el artículo 4 del Proyecto de Ley de 2005 sobre el Derecho a la Información, promulgado por el Lok Sabha de la India el

26. En los ordenamientos jurídicos en que las leyes se elaboran en parte sobre la base de la jurisprudencia, los precedentes establecidos por las decisiones y opiniones judiciales pueden desempeñar un papel esencial en la elaboración de la legislación y las prácticas nacionales, incluso en la esfera de la contratación pública. En otros ordenamientos jurídicos, las decisiones y opiniones de los tribunales superiores pueden servir para la interpretación y la aplicación de normas y prácticas legislativas. A nivel nacional, la publicación de información de esa índole no es necesariamente obligatoria. Generalmente son los tribunales los que establecen los criterios de publicación de las decisiones y opiniones judiciales[47]. Cuando se exige la publicación, esta debe realizarse en una publicación oficial designada expresamente, si bien en algunos países no existe ninguna publicación de este tipo para las decisiones judiciales[48]. Algunas decisiones y opiniones de los tribunales que no se publican oficialmente podrían publicarse a título comercial y difundirse en línea. En un país, por lo menos, existe una regla específica en virtud de la cual las decisiones judiciales pronunciadas en litigios relativos a la contratación pública deben publicarse por vía electrónica[49].

27. La ley puede obligar de manera explícita a la entidad encargada de la publicación de los textos que rigen la contratación pública a que los mantenga actualizados[50]. En la mayoría de los países examinados esa obligación está

---

11 de mayo de 2005, que figura en www.freedominfo.org/news/india/20050516/THE_RIGHT_TO_INFORMATION_ACT_2005-Final.pdf.

[47] Por ejemplo, el Manual de Prácticas y Procedimientos Internos del Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Circuito del Distrito de Columbia establece los siguientes criterios que emplea el Tribunal para determinar si se publican o no sus dictámenes: "1) si el dictamen resuelve una cuestión sustantiva de primera impresión en general, o una cuestión presentada por primera vez al Tribunal; 2) si el dictamen altera, modifica o aclara considerablemente una norma jurídica anunciada previamente por el Tribunal; 3) si en el dictamen se señala una norma jurídica existente que en general no se ha tenido en cuenta; 4) si en el dictamen se critica o se cuestiona una ley vigente; 5) si el dictamen resuelve un conflicto de decisiones dentro del Circuito o crea un conflicto con otro circuito; 6) si el dictamen revoca una decisión ya publicada de un tribunal de distrito o de un organismo, o la reafirma basándose en argumentos diferentes de los utilizados en un dictamen publicado del tribunal de distrito, o 7) si existen otros factores que justifiquen la publicación del dictamen por razones de interés público en general". Véase USCS Ct App D.C. Cir, Appx § XII (2005). La mayoría de estos criterios se encuentran también, por ejemplo, en las Normas del Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Quinto Circuito, donde vienen precedidos de una declaración general en el sentido de que "la publicación de dictámenes que se refieren únicamente a casos particulares y que se han dictado sobre la base de principios generales de derecho reconocidos entraña gastos innecesarios y agobia a la profesión letrada. No obstante, sí deben publicarse los dictámenes que puedan interesar de alguna manera a otras personas que no sean las partes en una causa". Véase USCS *Ct App 5th Cir, Loc R 47 (2005)*.

[48] Véase, por ejemplo, el Apéndice IV del ACP, en que se enumeran las publicaciones utilizadas por sus Estados parte para la publicación de textos con arreglo al párrafo 1 de su artículo XIX.

[49] Artículo 63 de la Ordenanza núm. 20 de Rumania, de 24 de enero de 2002, relativa a las adquisiciones públicas realizadas por medio de subastas electrónicas, publicada en el Diario Oficial núm. 86 de Rumania, de 1 de febrero de 2002. Figura en www.riti-internews.ro/og20.htm.

[50] Véase, por ejemplo, la sección 8 1) b) de la Ley sobre la Libertad de Información de Australia de 1982, que figura en www.comlaw.gov.au/comlaw/Legislation/ActCompilation1.nsf/0/833CC604CCEF2A25CA25702600029E3A/$file/FreedmInfo1982_WD02.pdf, y el artículo 4 del Proyecto de Ley de la India sobre el Derecho a la Información, de 11 de Mayo de 2005, que

implícita, dado que las modificaciones de los textos normativos no surten efecto hasta que se publican.

28. En algunos de los países examinados existen disposiciones sobre la publicación de las decisiones o de las conclusiones del órgano administrativo encargado de la supervisión del procedimiento de la contratación pública. En algunos países la legislación sobre contratación pública exige explícitamente la publicación de las decisiones finales adoptadas por esos órganos en el curso de los procedimientos de revisión[51]. En otros, corresponde al órgano de supervisión decidir acerca de la publicación de sus decisiones y conclusiones[52]. En algunos países la obligación de publicar esa información puede estar enunciada explícita o implícitamente en reglas generales relativas al acceso del público a los documentos y la información de la administración pública[53].

4. Conclusión

29. Algunos textos que rigen la contratación pública, en particular las decisiones judiciales cuya publicación no se exige en la Ley Modelo, a diferencia de lo dispuesto en el Acuerdo sobre Contratación Pública y en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, no están comprendidos en el artículo 5 de la Ley Modelo. El Grupo de Trabajo tal vez desee someter a algunos de ellos al requisito de publicación obligatoria en el artículo 5 revisado de la Ley Modelo, tomando como ejemplo el artículo XIX del Acuerdo sobre Contratación Pública (véase el párrafo 18 *supra*). La publicación de otros textos, como manuales, guías e instrucciones en materia de contratación pública, que por lo general solo tienen un valor de referencia, podría autorizarse en la Ley Modelo revisada, y se podría incluir una nota en la Guía para explicar más detalladamente el valor que reviste la publicación de esos textos, así como de todos los demás textos que abarquen aspectos importantes de las prácticas y los procedimientos internos de contratación pública. En la sección III del documento A/CN.9/WG.I/WP.39/Add.1 figuran sugerencias en cuanto a la redacción.

---

figura en www.freedominfo.org/news/india/20050516/THE_RIGHT_TO_INFORMATION_ACT_2005-Final.pdf.

[51] Véase, por ejemplo, el párrafo 108 de la Ley de la República Checa sobre Contratos Públicos, que dispone que "el órgano de supervisión dará a conocer las decisiones finales que haya adoptado con respecto a la adjudicación de contratos durante el año civil anterior en el Compendio de Decisiones del Órgano de Supervisión en Materia de Adjudicación de Contratos Públicos y en su sitio web". La Ley figura en www.oecd.org/dataoecd/54/21/35013316.pdf.

[52] Véase, por ejemplo, el párrafo 2) del artículo 7 de la Ley de 2003 sobre la Comisión Oficial de Supervisión del Procedimiento de Contratación Pública de la República de Croacia, que dispone que "las decisiones o conclusiones importantes se pueden publicar en forma anónima en el Diario Oficial, si la Comisión así lo decide". La Ley figura en www.oecd.org/dataoecd/54/63/35013282.pdf.

[53] Véase, por ejemplo, el artículo 7 a) de la Ley de Contratación Pública de Noruega, que figura en http://odin.dep.no/nhd/norsk/p10002767/p10002770/024081-990048/index-dok000-b-n-a.html.

A/CN.9/WG.I/WP.39/Add.1

Posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación de Bienes, Obras y Servicios - cuestiones suscitadas por la utilización de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública

ADICIÓN

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Publicación de información sobre todo contrato próximamente adjudicable	1-17
	A. Alcance del estudio	1-2
	B. Alcance y finalidad de la publicación de información sobre contratos de próxima adjudicación	3-5
	C. Condiciones de la publicación	6-13
	1. Carácter imperativo u optativo	6-7
	2. Plazo para la publicación	8
	3. Contratos adjudicables que deben publicarse	9
	4. Período abarcado	10
	5. Información publicada	11
	6. Actualización de la información publicada	12
	7. Forma de la publicación	13
	D. Utilidad de la publicación	14-15
	E. Conclusión	16-17
II.	Otros asuntos que se propone examinar el Grupo de Trabajo en relación con la publicación por vía electrónica de información sobre la contratación pública	18-33
	A. Contenido, presentación y actualización sistemática de la información	19-24
	B. Participación de intermediarios en la publicación por vía electrónica	25-26
	C. Publicación múltiple de información relativa a la contratación pública	27-31
	D. Comisiones cobradas	32-33
III.	Sugerencias de redacción	34-42
	A. Artículo 5	34-39
	B. Artículo 5 *bis* (publicación de información sobre todo contrato próximamente adjudicable)	40-41
	C. Nuevas disposiciones	42

I. Publicación de información sobre todo contrato próximamente adjudicable

A. Alcance del estudio

1. El presente estudio se refiere a la publicación de información sobre todo contrato próximamente adjudicable, la cual se presenta como una lista de contratos que se proponga celebrar una entidad adjudicadora en un determinado período futuro, habitualmente un ejercicio presupuestario[1]. El estudio no comprende los anuncios anticipados de contratos específicos ni los resúmenes de invitaciones a presentar ofertas, que los tribunales de algunos de los ordenamientos examinados exigen publicar antes de una convocatoria a licitación[2]. En él tampoco se analizan las disposiciones de los instrumentos internacionales, como el Acuerdo sobre Contratación Pública[3] de la Organización Mundial del Comercio (OMC), que no se ocupan expresamente de este asunto pero que contienen disposiciones que pueden dar a entender que se prevé la publicación de dicha información[4].

2. A diferencia de las convocatorias a licitación o los diversos anuncios de un contrato determinado, que son vinculantes para la entidad adjudicadora que los publica y en los que se informa a los posibles proveedores o contratistas sobre un contrato indicado expresamente, la información sobre los contratos de próxima adjudicación no es vinculante ni específica[5]. Los primeros sirven de punto de partida para la apertura de un proceso de adjudicación y dan lugar a derechos y obligaciones mutuamente exigibles entre la entidad adjudicadora y los proveedores eventuales. En el segundo caso, los datos cumplen únicamente una finalidad

---

[1] En el caso de Chile, véase, por ejemplo, el artículo 2.19 del Reglamento Ley 19.886, de 29 de agosto de 2003 (llamado "Ley de Compras Públicas", que puede consultarse en el sitio www.chilecompra.cl/portal/centro_informaciones/ fr_ley_compras.html), en el que se define el plan anual de adquisiciones y contratación públicas como una lista de bienes y/o servicios de referencia que una determinada entidad prevé adquirir o contratar en un año civil determinado. El reglamento puede consultarse en español en el sitio www.chilecompra.cl/Portal/InicioPortal.aspx.

[2] Por ejemplo, en el Brasil existen disposiciones por las que se exige a toda entidad adjudicadora que publique con antelación, y por lo menos una vez antes de la invitación a participar en un proceso adjudicatorio determinado, un anuncio en que figure un resumen de la próxima invitación a presentar ofertas. En él se debe indicar únicamente la finalidad del proceso adjudicatorio y el lugar, la fecha y la hora en que los posibles participantes podrán leer y obtener el texto completo de la invitación y cualquier otra información sobre el contrato adjudicable de que se trate. Deberá publicarse en el Diario Oficial o en otros periódicos de gran difusión, y además podrá divulgarse por otros medios, a fin de ampliar el ámbito geográfico de la competencia. Véase el artículo 21 de la Ley Federal núm. 8.666, de 21 de junio de 1993, en su forma enmendada. El texto en portugués puede consultarse en los sitios www.planalto.gov.br/ y www.COMPRASNET.gov.br/legislacao/leis/lei8666.pdf.

[3] Anexo 4 b) del Acta Final en que se enuncian los resultados de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales, que puede consultarse en el sitio www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gpr-94_e.pdf.

[4] Véase, por ejemplo, la referencia a "toda opción a nuevos suministros" en el artículo IX, 6 a) del Acuerdo sobre Contratación Pública.

[5] Ello se señala expresamente, por ejemplo, en el artículo 10 de la Ley de Contratación Pública de la República de Bulgaria, de 25 de junio de 1999, publicada en la Gaceta Estatal, núm. 56, de 22 de junio de 1999, que puede consultarse también en el sitio www.wto.org/english/tratop_e/ gproc_e/49.doc, así como en el artículo 15 4) de la Ordenanza núm. 20 de Rumania, de 24 de enero de 2002, relativa a la contratación pública por medio de ofertas electrónicas.

informativa, y solo contiene pormenores generales sobre los contratos de próxima adjudicación pendientes en el momento en que se publican. En la práctica, la información sobre los próximos contratos adjudicables va acompañada con frecuencia de una declaración de descargo de responsabilidad en la que se hace una de las siguientes salvedades o todas ellas: i) todos los contratos previstos están sujetos a revisión o a cancelación; ii) los datos se comunican solo a efectos de planificación; iii) el anuncio indicativo no constituye una solicitud previa ni una convocatoria a licitación o solicitud de propuestas, ni entraña el compromiso de la entidad adjudicadora de comprar los suministros, servicios u obras señalados; y iv) en el anuncio no figura una lista exhaustiva.

B. Alcance y finalidad de la publicación de información sobre contratos de próxima adjudicación

3. Se encuentran referencias a los contratos de próxima adjudicación en los ordenamientos en que se requiere la planificación sistemática de las adquisiciones. Esta fase de planificación existe desde hace tiempo en muchos países, mientras que en otros se ha introducido recientemente. A su vez, la publicación de información sobre los contratos de próxima adjudicación es un uso nuevo que se ha hecho posible en algunos países gracias a la utilización de medios electrónicos de comunicación.

4. En particular, existen disposiciones por las que se exige o alienta la publicación de información sobre los contratos próximamente adjudicables en Australia, Chile y en los países de la UE[6]. La directiva sobre contratación pública de

---

[6] En el caso de Australia, véanse las subcláusulas 7.16 y 7.17 de las Directrices sobre Contratación Pública (Commonwealth Procurement Guidelines) de enero de 2005 (en adelante, las "CPG"), que pueden consultarse en el sitio www.finance.gov.au/ctc/commonwealth_procurement_guide.html, y el artículo 12 de la Orientación sobre las Obligaciones en materia de publicación de información relativa a la contratación pública (Procurement Guidance on Procurement Publishing Obligations), de enero de 2005, (en adelante llamadas "orientación sobre la publicación de información relativa a la contratación pública") que puede consultarse en www.finance.gov.au/ctc/austender-annual_procurement_p.html; en el caso de Chile, véase el artículo 12 de la Ley de Compras; y en el de la UE, el artículo 35 1) de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (Diario Oficial de la Unión Europea, núm. L 134, 30 de abril de 2004, pág. 114, que puede consultarse también en http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/legislation_en.htm); y en el de los países de la UE, por ejemplo Austria, el párrafo 38 de la Ley federal sobre la adjudicación de contratos de adquisiciones (Ley sobre la adjudicación de contratos de adquisiciones de 2002), que puede consultarse en el sitio http://wko.at/rp/vergabe/gesetzestextbvergg2002.pdf; en el de Alemania, el párrafo 18 a) de la Ordenanza sobre la contratación pública de suministros por el Ministerio de Economía (*Verdingungsordnung für Leistungen* (VOL)), de 17 de septiembre de 2002, que puede consultarse en alemán en el sitio www.bmwa.bund.de/Redaktion/Inhalte/Pdf/Homepage_2Fdownload_2Fwirtschaftspolitik_2FVOL.pdf,property=pdf.pdf, el párrafo 9 a) de la Ordenanza sobre la contratación pública de servicios por el Ministerio de Economía (*Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen* (VOF)), que puede consultarse en alemán en www.bmwa.bund.de/Redaktion/Inhalte/Pdf/V/verdingungsordnung-fuer-freiberufliche-leistungen,property=pdf.pdf, y la Parte A de la Sección 2, párrafo 17 a) de la Ordenanza sobre la contratación pública de obras por el Ministerio de Transportes y Obras (*Vergabe- und Vertragsordnung*

la UE (la "directiva de la UE")[7] y la legislación examinada de varios países que la integran se refieren en ese contexto a la publicación de un "anuncio de información previa[8] o anuncio indicativo". En Australia y Chile se hace referencia a la publicación de planes anuales de contratación pública[9]. Se utilizan también otras expresiones, como registros de pedidos, anuncios preliminares, anuncios informativos o anuncios planeados.

5. Mientras que la planificación de la contratación pública tiene por objeto imponer disciplina a las entidades adjudicadoras, la publicación de información sobre los contratos de próxima adjudicación se realiza principalmente para aumentar la competencia y ahorrar costos durante el proceso de contratación pública, al señalar anticipadamente a los proveedores los posibles contratos adjudicables, lo que les permite planificar sus ofertas con antelación. Tanto la planificación de la contratación pública como la publicación de información sobre los contratos de próxima adjudicación son promovidos resueltamente por los bancos multilaterales de desarrollo, en particular por medio de sus iniciativas de contratación pública electrónica, porque permiten, entre otras cosas, eliminar los procesos de contratación "especiales" y de "emergencia", y con ello la necesidad de utilizar métodos menos competitivos de contratación pública[10].

---

für Bauleistungen (VOB)), que puede consultarse en alemán en el sitio www.bmvbw.de/Anlage/original_13076/VOB-2002-Teile-A-und-B.pdf; y en el caso de Lituania, el artículo 18.2 de la Ley de Contratación Pública de la República de Lituania, núm. IX-1217, de 3 de diciembre de 2002, que puede consultarse en el sitio www.vpt.lt/admin/uploaded/lawonPP.pdf.

[7] Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (Diario Oficial de la Unión Europea, núm. L 134, de 30 de abril de 2004, pág. 114, que también puede consultarse en el sitio http://europa.eu.int/comm/internal_market/ publicprocurement/ legislation_en.htm) (en adelante, la "Directiva de la UE sobre contratación pública").

[8] Véase, por ejemplo, el artículo 35 1) de la Directiva de la UE sobre contratación pública y el artículo 13 de la Ley de Contratación Pública de Polonia, de 29 de enero de 2004.

[9] Véase la subcláusula 7.16 de las CPG de Australia y el artículo 12 de la Ley de Compras Públicas de Chile.

[10] Véase en particular el portal electrónico de la contratación pública, habilitado por el Banco Asiático de Desarrollo, el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Mundial en noviembre de 2004 (puede visitarse en www.mdb-egp.org/data/default.asp). En él figuran diversos documentos preparados por los bancos multilaterales de desarrollo utilizados por muchos países para preparar sus propios portales electrónicos sobre la materia. En una de sus secciones figura una guía para la contratación pública por vía electrónica, en que se aborda la publicación de los planes de contratación (pág. 32).

C. Condiciones de la publicación

1. Carácter imperativo u optativo

6. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos de la UE la publicación de anuncios de información previa es imperativa si el valor total estimado de los contratos pertinentes asciende a un determinado importe mínimo o lo sobrepasa[11]. También lo es con arreglo a la directiva de la UE, pero únicamente cuando una entidad adjudicadora decide acortar el plazo para la recepción de ofertas[12]. La publicación de anuncios de información previa con respecto a otros contratos es optativa[13]. Algunos tipos de contrato quedan excluidos del ámbito de aplicación de las disposiciones sobre dichos anuncios[14].

7. En cambio, en Australia, se fija una cantidad mínima a partir de la cual es imperativa la publicación de los planes anuales de contratación pública únicamente en el caso de algunas entidades privadas a las que se aplica el marco normativo sobre contratación pública del Commonwealth[15]. En el de las entidades adjudicadoras públicas, salvo aquellas a que no se aplican las disposiciones pertinentes, la publicación de dichos planes es imperativa sea cual fuere la cuantía

---

[11] Véase, por ejemplo, el párrafo 38 de la Ley Federal sobre la Adjudicación de Contratos de Adquisiciones de Austria (Ley de adjudicación de contratos de adquisiciones de 2002), que puede consultarse en el sitio http://wko.at/rp/vergabe/gesetzestextbvergg2002.pdf; y el artículo 29 de la Ley de Contratación Pública de la República Checa, que puede consultarse en www.oecd.org/dataoecd/54/21/35013316.pdf; el párrafo 9 a) de la Ordenanza sobre la contratación pública de servicios por el Ministerio de Economía de Alemania (*Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen* (VOF)), que puede consultarse en alemán en el sitio www.bmwa.bund.de/Redaktion/Inhalte/Pdf/V/verdingungsordnung-fuer-freiberufliche-leistungen,property=pdf.pdf; la sección 22 1) de la Ley de Contratación Pública del Estado o la Administración Local de Letonia, de 5 de junio de 2003, que puede consultarse en el sitio www.oecd.org/dataoecd/53/19/35014924.pdf; el artículo 18.2 de la Ley de Contratación Pública de la República de Lituania, núm. IX-1217, de 3 de diciembre de 2002, que puede consultarse en el sitio www.vpt.lt/admin/uploaded/lawonPP.pdf; el artículo 13 de la Ley de Contratación Pública de Polonia, de 29 de enero de 2004, que puede consultarse en el sitio www.oecd.org/dataoecd/52/53/ 35015461.pdf; y el artículo 67 de la Ley de Contratación Pública de la República de Eslovenia, de 5 de mayo de 2000.

[12] Artículo 35 1) de la Directiva de la UE sobre contratación pública.

[13] Véase, por ejemplo el artículo 22 2) de la Ley de Contratación Pública del Estado y la Administración Local de Letonia, de 5 de junio de 2003.

[14] Véase, por ejemplo, el artículo 35 1) de la Directiva de la UE sobre contratación pública, con arreglo a la cual los procedimientos negociados sin publicación previa de un anuncio de licitación quedan excluidos de la aplicación de las disposiciones sobre la publicación del anuncio de información previa.

[15] Se trata de organismos legal y financieramente independientes del Estado pero que también podrían estar sujetos a las CPG. Véase el artículo 1.3 de este instrumento. Para ellos, el requisito de publicar los planes anuales de contratación pública se aplica únicamente a los contratos adjudicables abarcados y que no sean de obras y cuya cuantía sea superior a 400.000 dólares de Australia, y a contratos de servicios de construcción por una cuantía superior a 6.000.000 de dólares de Australia. Véase el artículo 4.1 de las orientaciones sobre la publicación de información relativa a los contratos adjudicables (Australian Procurement Publishing Guidance) y los artículos 3 y 4 de las Instrucciones del Ministerio de Finanzas (CAC Act Procurement), de 2004, que pueden consultarse en el sitio www.finance.gov.au/ctc/ finance_minister_s__cac_act_pr.html.

total estimada de los contratos previstos. Las entidades adjudicadoras que no prevén realizar procedimientos de contratación importantes durante el ejercicio siguiente deben dar a conocer sus planes anuales de contratación pública sin los pormenores de los contratos previstos, o un anuncio en su sitio en Internet relativo a las compras del sector público (AusTender) [16], en que señalen que no prevén celebrar contratos de importancia durante el ejercicio siguiente[17]. Se alienta expresamente a todas las entidades a que, como práctica comercial recomendable, publiquen planes anuales de contratación pública en que figure todo contrato adjudicable que pueda verse favorecido por el anuncio anticipado[18].

2. Plazo para la publicación

8. Es frecuente que el plazo para la publicación de anuncios de información previa y los planes anuales de contratación pública se fije entre fechas cercanas al comienzo del ejercicio presupuestario. Por ejemplo, en Austria las entidades adjudicadoras deben publicarlos al comienzo del año fiscal o presupuestario[19]. En Australia, deben publicar sus planes anuales de contratación pública al inicio del ejercicio financiero, es decir, a más tardar el 1 de julio, pero no antes del 1 de junio, sin perjuicio de su obligación de darlos a conocer a quien los solicite[20]. Con arreglo a la directiva de la UE, cuando se trata de suministros y servicios la publicación debe efectuarse lo antes posible tras el comienzo del ejercicio presupuestario; la situación es diferente en el caso de las obras, en el que debe hacerse después de adoptada la decisión por la que se apruebe la planificación de los contratos de obras o el acuerdo marco que el poder adjudicador se proponga celebrar[21]. En Rumania, el anuncio de la intención de adjudicar un contrato se debe publicar a más tardar en un plazo de 30 días transcurridos desde la fecha de aprobación del presupuesto del poder adjudicador[22]. En algunos ordenamientos, salvo la indicación de que los anuncios de información previa han de publicarse por lo menos una vez al año, no se fijan plazos concretos para su publicación[23].

---

[16] https://www.tenders.gov.au/federal/index.shtml.

[17] Artículo 4.1 de las Orientaciones sobre la publicación de información relativa a los contratos adjudicables.

[18] Ibíd.

[19] Véase el artículo 38 1) de la Ley Federal sobre la Adjudicación de Contratos de Adquisiciones de Austria (Ley de adjudicación de contratos de adquisiciones de 2002), que puede consultarse en el sitio http://wko.at/rp/vergabe/gesetzestextbvergg2002.pdf.

[20] Artículo 4.1 de las Orientaciones sobre la publicación de información relativa a los contratos adjudicables de Australia.

[21] Se encuentran disposiciones análogas, por ejemplo, en el artículo 18.4 de la Ley de Contratación Pública de la República de Lituania.

[22] Artículo 15 2) de la Ordenanza núm. 20, de 24 de enero de 2002, relativa a la contratación pública por medio de ofertas electrónicas.

[23] Véase, por ejemplo, el artículo 71 de la Ley de Contratación Pública de la República de Serbia (que puede consultarse en el sitio www.oecd.org/dataoecd/34/12/35016323.pdf), y el artículo 67 1) de la Ley de Contratación Pública de la República de Eslovenia de 5 de mayo de 2000.

3. Contratos adjudicables que deben publicarse

9. Las entidades adjudicadoras gozan de flexibilidad y se les permite seguir su propio criterio respecto de los contratos adjudicables que pueden incluir en los anuncios de información previa y los planes anuales de contratación pública. En este contexto en las directrices de Australia sobre la materia se señalan a dichas entidades los objetivos de la publicación de esos planes, como facilitar la planificación, aumentar la competitividad y ahorrar costos durante el procedimiento adjudicatorio, y se expone una serie de factores que la entidad adjudicadora tal vez desee considerar para determinar los contratos adjudicables que anunciará en sus planes de contratación pública. Aunque no se fija una cuantía mínima, se subraya la importancia de anunciar con antelación los proyectos importantes a los proveedores. Entre los factores que hacen recomendable la publicación se indican los siguientes i) la posible expiración en el siguiente ejercicio financiero de los arreglos contractuales en vigor, ii) la posibilidad de que el contrato efectivamente se adjudique, iii) el método de contratación y iv) la incidencia favorable de la publicación de los planes anuales en la relación de la entidad con la industria, los proveedores y los contratistas[24].

4. Período abarcado

10. En la mayoría de los ordenamientos, se hace referencia expresa a un período determinado que deben comprender los anuncios de información previa o los planes anuales de contratación pública, que es por lo general de un año civil o un ejercicio presupuestario[25]. En Australia, los planes deben comprender las previsiones de contratos adjudicables de las entidades para el ejercicio financiero siguiente, pero el período también puede prorrogarse más allá de los 12 meses obligatorios. En las directrices sobre contratación pública de Australia se dispone expresamente que en este último caso subsiste la obligación de publicarlos anualmente. En algunos ordenamientos, la normativa admite implícitamente que los anuncios de información previa comprendan períodos más breves[26]. En la práctica, los períodos que figuran en los sitios de Internet de las entidades adjudicadoras pueden llegar a ser superiores a un año.

5. Información publicada

11. Aunque algunos campos son obligatorios, se permite a las entidades adjudicadoras actuar con flexibilidad para determinar la información y el grado de detalle que les parezcan convenientes, para que se puedan cumplir los requisitos en materia de divulgación y de transparencia, de fomentar la competencia y de

---

[24] Artículo 4.2 de las Orientaciones sobre la publicación de información relativa a los contratos adjudicables de Australia.

[25] Véase, por ejemplo, el artículo 2.19 del Reglamento de Ley de Compras (véase *supra*, nota de pie de página 1).

[26] Por ejemplo, con arreglo al artículo 71 de la Ley de Contratación Pública de la República de Serbia y al artículo 67 1) de la Ley de Contratación Pública de la República de Eslovenia, de 5 de mayo de 2000, los anuncios de información previa deben publicarse por lo menos una vez al año.

mantener la integridad de la información[27]. La información que debe habitualmente suministrarse es la siguiente: i) la adquisición a que se refiere todo contrato adjudicable previsto, junto con indicaciones básicas como la naturaleza, la cantidad o el valor de los bienes, obras o servicios por adquirir o contratar y el lugar de ejecución; ii) la fecha estimada de publicación de la invitación a presentar ofertas; y iii) los lugares en que pueda obtenerse más información[28]. Además, con arreglo a la directiva de la UE es necesario indicar si se prevé también un acuerdo marco[29]. En Chile se exige también indicar el método de contratación pública que se utilizará[30]. En Australia, los planes anuales de contratación pública deben contener una declaración sobre las previsiones estratégicas de contratación para el siguiente ejercicio financiero, en que se debe exponer en líneas generales toda iniciativa clave, importancia o estratégica que a juicio de la entidad pueda dar lugar a contratos adjudicables[31].

6. Actualización de la información publicada

12. En Australia rigen disposiciones sobre la actualización de la información publicada sobre los contratos próximamente adjudicables, y se alienta expresamente a las entidades adjudicadoras a que modifiquen sus planes anuales de contratación pública agregando pormenores de los nuevos contratos previstos y enmendando o suprimiendo la información inexacta, a fin de mantener al día los anuncios indicativos y a los posibles proveedores[32]. En otros ordenamientos examinados, si bien no existen disposiciones expresas sobre esta cuestión, para cumplir los objetivos de la publicación de anuncios de información previa y planes anuales de contratación pública, así como para aprovechar sus ventajas (véanse los párrafos 14 y 15 *infra*) puede requerirse mantener la información al día. En algunos ordenamientos puede existir la obligación implícita de mantener actualizada y precisa la información sobre los contratos próximamente adjudicables, porque el anuncio de información previa forma parte integrante del pliego de condiciones y en este debe figurar una referencia a él, por ejemplo, el lugar en que se publicó[33].

---

[27] En el caso de Australia, véase por ejemplo el artículo 7.17 de las CPG y el artículo 4.2 de las Orientaciones sobre la publicación de información relativa a los contratos adjudicables.

[28] Véase, por ejemplo, el anexo 1 de la Directiva 2001/78/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2001, sobre la utilización de formularios normalizados en la publicación de los anuncios de contratos públicos (Diario Oficial de la Unión Europea, núm.º L 285, 29 de octubre de 2001, pág. 1) (en adelante, la "Directiva de la UE sobre anuncios de contratos públicos"), que puede consultarse en http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2001/l_285/ l_28520011029en00010162.pdf; y el artículo 22 3) de la Ley de Contratación Pública del Estado o la Administración Local de Letonia, de 5 de junio de 2003.

[29] Directiva de la UE sobre contratación pública, Anexo VII A, bajo el epígrafe "Anuncio de información previa".

[30] Véase el artículo 98 del Reglamento de Ley de Compras (véase *supra*, nota de pie de página 1).

[31] Véase el artículo 4.2 de las Orientaciones sobre la publicación de información relativa a los contratos adjudicables.

[32] Ibíd., artículo 4.4.

[33] Véanse, por ejemplo, los artículos 20 2), 21) y 20 3) de la Ley de Contratación Pública de la República de Lituania, núm. IX-1217, de 3 de diciembre de 2002, que puede consultarse en el sitio www.vpt.lt/admin/uploaded/lawonPP.pdf.

7. Forma de la publicación

13. En la directiva de la UE[34] se prevé un formulario uniforme para la publicación de los anuncios de información previa. En Australia, el documento análogo se adjunta de orientación sobre el proceso de contratación pública, pero a efectos de referencia únicamente. Por lo que atañe al medio y el lugar de publicación de los anuncios y planes de contratación pública anuales, todos los ordenamientos examinados se deben publicar por vía electrónica en los mismos medios que toda otra información relativa a la contratación pública.

D. Utilidad de la publicación

14. Es habitual que existan disposiciones por las que se permite a las entidades adjudicadoras acortar los plazos para la presentación de ofertas si sus anuncios de información previa o planes anuales de contratación pública cumplen los requisitos de contenido mínimo y de fecha de publicación[35]. Para que se satisfaga el primero de ellos, en Australia los planes anuales deben incluir una reseña del contrato adjudicable, la fecha estimada de la invitación a presentar ofertas y el procedimiento para obtener los documentos, mientras que con arreglo a la directiva de la UE, el anuncio de información previa debe contener todos los datos necesarios sobre el anuncio del contrato, si se dispone de ellos en el momento de publicarse el anuncio. A fin de que se cumpla el requisito de la fecha de publicación, en Australia los planes anuales -incluidas todas sus enmiendas- se deben publicar en un período de entre 30 días y 12 meses antes de la invitación a presentar ofertas, y conforme a la directiva de la UE, los anuncios de información previa deben difundirse en un plazo que va de 52 días a 12 meses antes de tal invitación[36].

15. En algunos ordenamientos, la ley de contratación pública permite que las entidades adjudicadoras no repitan la información presentada en el anuncio de información previa, a menos que lo soliciten los proveedores[37].

---

[34] Véase la Directiva de la UE sobre contratación pública, Anexo VIII, 1 a). Se adjunta un formulario uniforme a la Directiva de la UE sobre los anuncios de contratos públicos (véase *supra*, nota de pie de página 28).

[35] En Australia, el plazo puede acortarse a un mínimo de diez días en lugar del plazo habitual de 25 días, siempre que los posibles proveedores dispongan de tiempo suficiente para preparar sus ofertas (véase el artículo 4.3 de las Orientaciones sobre la publicación de información relativa a los contratos adjudicables de Australia). Con arreglo al artículo 38 4) de la Directiva de la UE sobre contratación pública, el plazo puede acortarse a 36 días y hasta a 22 días en lugar del plazo habitual de 52 días que rige en los procedimientos abiertos y del de 37 días y 40 días aplicable en otros métodos de contratación. Véanse también las secciones 25 9) de la Ley de Contratación Pública del Estado o la Administración Local de Letonia, de 5 de junio de 2003; los artículos 38, 39 y 48 de la Ley de Contratación Pública de la República de Lituania; y los artículos 60 3) y 63 de la Ley de Contratación Pública de Eslovenia, de 5 de mayo de 2000.

[36] Véase el artículo 4.3 de las Orientaciones sobre la publicación de información relativa a los contratos adjudicables de Australia, y el artículo 38 4) de la Directiva de la UE sobre contratación pública.

[37] Véase, por ejemplo, el artículo 20 3) de la Ley de Contratación Pública de la República de Lituania, núm. IX-1217, de 3 de diciembre de 2002, que puede consultarse en el sitio www.vpt.lt/admin/uploaded/lawonPP.pdf.

E. Conclusión

16. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios, (en adelante, "la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública" o "la Ley Modelo")[38] no se refiere a la publicación de información sobre los contratos próximamente adjudicables. Tampoco a la planificación de la contratación en general. Estos asuntos no se examinaron al prepararse la Ley Modelo. Como se señala en la Guía para la incorporación al derecho interno, en la Ley Modelo se establecen los procedimientos que deben utilizar las entidades adjudicadoras para elegir al proveedor o contratista con el que celebrarán un determinado contrato de adquisición, sin que se aborden otras etapas del proceso de adjudicación[39]. La difusión de información sobre los contratos próximamente adjudicables podría considerarse una fase de la etapa de adjudicación anterior a las que se abordan en la Ley Modelo, que por ello no entraría en su actual ámbito de aplicación.

17. Si el Grupo de Trabajo considera que la Ley Modelo debe promover la publicación de información sobre los contratos próximamente adjudicables, tendrá que examinar lo siguiente: i) si la publicación de esos anuncios debe ser obligatoria u opcional; ii) si debe establecerse algún umbral mínimo que haga obligatoria la publicación de dicha información; iii) otras condiciones de la publicación, como el contenido de la información, el período abarcado y el plazo para la publicación; y iv) cualesquiera otras condiciones especiales impuestas para la publicación de dicha información. Las sugerencias de redacción figuran en la sección III *infra*.

II. Otros asuntos que se propone examinar el Grupo de Trabajo en relación con la publicación por vía electrónica de información sobre la contratación pública

18. Las disposiciones legislativas que rigen la publicación de información sobre la contratación pública en los ordenamientos examinados con frecuencia no regulan adecuadamente la utilización de medios electrónicos. La publicación por vía electrónica, además de reportar posibles ventajas a los proveedores o contratistas interesados y al público en general, por ejemplo al facilitar el acceso de un mayor número de personas a la señalada información, ha dado lugar a prácticas que plantean diversos problemas que no se presentan en las comunicaciones sobre papel, y cuya solución puede requerir una reglamentación expresa. Algunos se exponen en las subsecciones A a C, más abajo. En la subsección D se señala al Grupo de Trabajo el asunto de las comisiones que se cobran por el acceso a la información sobre la

---

[38] El texto de la Ley Modelo figura en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17 y corrección* (A/49/17 y Corr.1), anexo I (publicado también en el *Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional* (en adelante, "el Anuario de la CNUDMI"), vol. XXV: 1994 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.95.V.20), tercera parte, anexo I.
La Ley Modelo puede consultarse en formato electrónico en el sitio de la CNUDMI en Internet: (www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/procurement_infrastructure/1994Model.html).

[39] Primera parte, párrafo 10 de la Guía para la incorporación eventual al derecho interno.

contratación pública que se publica por vía informática, cuyo examen aplazó el Grupo de Trabajo hasta un futuro período de sesiones.

A. Contenido, presentación y actualización sistemática de la información

19. Como se señala en los párrafos 9 y 10 del documento A/CN.9/WG.I/WP.39, se pone al alcance del público por medios electrónicos de comunicación -habitualmente publicándola en Internet- más información de la que la legislación requiere divulgar. Parte de ella puede estar autorizada por la legislación, mientras que otra se publica por decisión de diversas entidades públicas, incluidas las adjudicadoras y las que se ocupan de mantener los sistemas electrónicos de contratación pública del gobierno. Aunque el contenido y la forma de su publicación cuya difusión prescribe la ley se hallan sujetos normalmente a reglamentación, en ocasiones no existe ninguna normativa sobre la información cuya publicación se permita o aliente, o que efectivamente se publique.

20. De no impartirse alguna orientación sobre el alcance y la forma de efectuarla, la publicación de información abundante puede entorpecer la recuperación de aquélla relativa a la contratación pública que sea necesaria y útil. Además, puede verse afectada su actualización sistemática y por tanto su exactitud, coherencia y pertinencia. De resultas de ello, aunque se publique efectivamente un volumen mayor de información sobre la contratación pública, el acceso público a la que sea de utilidad e importancia prácticas puede dificultarse considerablemente. El contenido de la información divulgada puede plantear también otros problemas, incluso respecto de los intereses comerciales legítimos de las partes, la aplicación de la ley y la competencia leal.

21. Estos posibles problemas podrían paliarse si se aplicara a toda la información sobre la contratación pública divulgada el requisito, que existe en algunos de los ordenamientos examinados, de que se publique en forma centralizada, sistematizada y uniforme. Sin embargo, en la mayoría de dichos ordenamientos, ese requisito se aplica únicamente a la información relativa a la contratación pública cuya publicación prescribe la ley (véanse las secciones B y C, *infra*).

22. Al redactar las disposiciones pertinentes de la Ley Modelo sobre la divulgación de información relativa a la contratación pública, tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar la posibilidad de formular normas generales sobre el contenido y la forma de su publicación. En particular, podría impartirse orientación para que no se pusiera al alcance del público información que fuera contraria a derecho, entorpeciera la acción de la justicia, fuese contraria al interés público, redundara en menoscabo de intereses comerciales legítimos de las partes o fuera un obstáculo para la libre competencia (véase por ejemplo, el enunciado similar del párrafo 3 del artículo 55 de la Ley Modelo). Además, pueden subrayarse las ventajas de la presentación sistemática y uniforme de los datos, en particular para facilitar el acceso a aquéllos relativos a la contratación pública, su recuperación y su actualización sistemática.

23. Dado el volumen cada vez mayor de la información que se presenta al público por vía electrónica, se hace más manifiesta la necesidad de su actualización sistemática para asegurar su exactitud, pertinencia y coherencia. Con arreglo a la Ley Modelo, la obligación de actualización sistemática se aplica únicamente a los textos legales publicados en virtud de su artículo 5. Esa obligación se incorporó a dicho artículo, sin un examen a fondo, al ser aprobada la Ley Modelo por el Grupo de Trabajo en 1993. Tal vez El Grupo desee estudiar la posibilidad de hacer aplicable el requisito de actualización sistemática a toda información que se publique, y ello podría reflejarse en el artículo 5 revisado (véase la sección III, *infra*), señalando en la Guía para la incorporación eventual al derecho interno que someter a ella toda la documentación no consignada sobre papel se ha convertido en un proceso considerablemente menos largo y oneroso. Otra posibilidad sería que el Grupo de Trabajo decidiese limitar la obligación de actualización sistemática únicamente a la información cuya publicación prescriba la Ley Modelo.

24. La obligación de mantenimiento sistemático de la información publicada guarda una estrecha relación con el asunto de la responsabilidad de las entidades adjudicadoras que no suministren información exacta y actualizada a los posibles proveedores o contratistas. Esto último se examinó al prepararse la Ley Modelo, en el contexto de la posible remisión en el pliego de condiciones a leyes y reglamentos directamente relacionados con el procedimiento de contratación pública (véase el apartado t) del artículo 27 de la Ley Modelo)[40]. La conclusión a que se llegó en aquella ocasión, que se recoge en el apartado t) del artículo 27, fue que la ausencia de remisión a leyes y reglamentos relacionados con el procedimiento de contratación no debía constituir motivo para una revisión ni dar lugar a responsabilidad de la entidad adjudicadora. Tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar la cuestión de la responsabilidad por la presentación de información inexacta o sin actualizar en el contexto del artículo 5 revisado, o aplazar su examen hasta el momento en que se ocupe del tema del examen del proceso de contratación.

B. Participación de intermediarios en la publicación por vía electrónica

25. Podrá autorizarse a las entidades adjudicadoras a que publiquen información directamente y sin intermediarios, o a que la envíen a un agente designado para su divulgación. El primer método se aplica en Australia[41], y el segundo, por ejemplo, en la UE[42]. Este último, aunque asegura uniformidad y coherencia en la publicación

---

[40] Para examinar esta cuestión, véanse los documentos: A/CN.9/315, párrafos 46 y 47, reproducidos en el *Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional* (en adelante, "*el Anuario de la CNUDMI*"), vol. XX: 1989 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.90.V.9), segunda parte II, A; A/CN.9/331, párrafos 93 a 97, reproducido en el Anuario de la CNUDMI, vol. XXI: 1990 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.91.V.6), segunda parte, II A; y A/CN.9/343, párrafos 181 a 183, reproducido en el Anuario de la CNUDMI, vol. XXII: 1991 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.93.V.2), segunda parte, II, A.

[41] Véase *AusTender User Guide*, diciembre de 2004, que puede consultarse en www.contracts.gov.au/docs/GaPSUserGuide_20040401.pdf.

[42] La Unión Europea cuenta con un sistema centralizado de difusión y traducción de información al servicio de todos los Estados miembros, que debe utilizarse para todos los contratos objeto de reglamentación. Los anuncios aparecen en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, que

de la información puede causar demoras y errores. Los bancos multilaterales de desarrollo, en el marco de sus iniciativas de contratación pública electrónica[43], recomiendan que, desde el primer momento, sean las propias entidades adjudicadoras las que publiquen su información, directamente y sin intervención de terceros, en un sitio de Internet único y respetando las normas del mismo[44].

26. Tal vez el Grupo de Trabajo desee tratar más a fondo, en la Guía para la incorporación eventual al derecho interno, las ventajas y desventajas de esas opciones.

C. Publicación múltiple de información relativa a la contratación pública

27. La información relativa a la contratación pública se presenta con frecuencia en un sitio de Internet centralizado, así como en los de las entidades adjudicadoras. Sin embargo incluso cuando existe tal sistema centralizado puede autorizarse a estas para que utilicen otros medios de publicación[45].

28. La publicación múltiple en Internet de información relativa a la contratación pública puede repercutir negativamente en su fiabilidad e integridad, así como en todo el proceso de contratación. En particular, puede ocasionar la fragmentación de los datos y crear confusión en cuanto a su autenticidad y validez. También puede crear el riesgo de que los posibles proveedores que obtengan acceso al sitio de Internet "correcto" queden en situación más ventajosa que los demás, porque no todos los interesados reciben instantáneamente la misma información que se publica en Internet.

29. En ciertos ordenamientos jurídicos se abordan estos problemas. La mayoría de ellos prohíbe divulgan por varios medios distintas categorías de información sobre la contratación antes de que se publiquen en el medio central expresamente

---

solo se publica en formato electrónico (Internet y CD-ROM). Sin embargo, las entidades adjudicadoras pueden poner más anuncios en otras publicaciones y con frecuencia lo hacen (la mayoría de las veces, en medios impresos o en otros medios electrónicos).

[43] Véase, en particular la Guía de la contratación pública por vía electrónica, págs. 32 a 40, que puede consultarse en el portal de la contratación pública por vía electrónica de los bancos multilaterales de desarrollo (www.mdb-egp.org/data/default.asp.).

[44] *Ibid*., párrafo 32.

[45] Véase, por ejemplo, los artículos 3-A y 3-B de la Ley núm. 8.666, del Brasil de 21 de junio de 1993; y el artículo 19.2 de la Ley de Contratación Pública de la República de Lituania. Por ejemplo, el artículo 3-A de la Ley del Brasil señala que todos los órganos de la administración pública, las entidades autónomas y las fundaciones públicas deberán difundir en el momento adecuado y en sus propios sitios de Internet o en sitios determinados de la administración federal, estatal o municipal, datos e información relativos a los procedimientos adjudicatorios en curso y a sus resultados. Además, el artículo 3-B dispone que los gobiernos estatales deberán crear sitios específicos de Internet para publicar, con arreglo a los acuerdos permanentes en vigor, información relativa a los procesos de adjudicación utilizados por municipios con menos de 100.000 habitantes y que no cuenten con los recursos técnicos y financieros necesarios para cumplir el artículo 3-A.

designado[46]. En algunos de ellos se señala expresamente que los anuncios publicados en distintos medios deben contener la misma información[47].

30. Los bancos multilaterales de desarrollo se ocupan también de estos problemas, y recomiendan que la información se divulgue en un solo sitio de Internet, según las normas que rijan su actualización. En sus directrices sobre contratación pública por vía electrónica se indica que (la utilización de) un sitio único supone que la información sobre la contratación pública debe desaparecer de las pertenecientes a las entidades adjudicadoras. (Por ello,) no hay motivo que obligue a los proveedores a visitar muchos sitios, físicos o electrónicos diferentes para obtener información sobre los contratos próximamente adjudicables o para establecer un mecanismo de interoperabilidad que supla la falta de normas básicas. La desaparición de la información sobre la contratación pública de los distintos sitios puede ser gradual, inversamente proporcional al ritmo de preparación del sitio único y respetar la preponderancia de este, que debe contener la información original y legalmente vinculante, así como definir las normas y las reglas generales[48].

31. Tal vez el Grupo de Trabajo considere útil examinar estas cuestiones, ya sea en el marco de su examen de las "normas de accesibilidad" del proyecto de artículo 4 *bis* (véase el documento A/CN.9/WG.I/WP.38 y adición) o del artículo 5 revisado (véase la sección III *infra*).También cabe considerarse suficientes las disposiciones de la Guía para abordar estas cuestiones. A reserva de la postura del Grupo de Trabajo sobre este tema, en la Guía podría tratarse más a fondo la conveniencia de que exista un solo medio centralizado en que se ponga siempre y a tiempo al alcance del público y se actualice sistemáticamente toda información legalmente vinculante, auténtica y autorizada sobre la contratación pública, así como sobre la de eliminar los sitios de Internet de las diversas entidades adjudicadoras. Otra posibilidad sería que el Grupo de Trabajo diera directrices concretas sobre la publicación múltiple de esta información en Internet, en particular con respecto a la necesidad de i) establecer una jerarquía clara de los sitios existentes y darla a conocer en todos aquellos en que las entidades adjudicadoras u otras autoridades publicaran dicha información, ii) agregar una declaración obligatoria de descargo de responsabilidad respecto del carácter oficioso de la información publicada en sitios que no sean el que se haya designado con carácter central, iii) establecer un enlace obligatorio con el sitio de Internet centralizado, y iv) determinar el momento en que pueda publicarse información sobre la contratación pública en los diversos sitios (por ejemplo, para que no pudiera divulgarse en otros antes de que apareciera en dicho sitio centralizado).

---

[46] Véase, por ejemplo, el artículo 23 1) de la Ley de Contratación Pública de la República de Croacia, de 14 de diciembre de 2001, que puede consultarse en el sitio www.oecd.org/dataoecd/54/62/35013293.pdf.

[47] Véanse, por ejemplo, los artículos 35 y 36 de la Directiva de la UE sobre la contratación pública, y el artículo 19.5 de la Ley de contratación pública de la República de Lituania.

[48] Véase la Guía de la contratación pública por vía electrónica, que puede consultarse en el portal de la contratación pública por vía electrónica de los bancos multilaterales de desarrollo (www.mdb-egp.org/data/default.asp.), pág. 32.

D. Comisiones cobradas

32. La información que se difunde por medios electrónicos es habitualmente gratuita. Sin embargo, en algunos casos suelen cobrarse suscripciones u otro tipo de comisiones que pueden dificultar el acceso a la información[49].

33. En la Ley Modelo se prevé la posibilidad de cobrar una comisión únicamente por el acceso a la documentación de precalificación, el pliego de condiciones y la solicitud de propuestas o cotizaciones (artículos 7, 26 y 37), y se dispone que el precio que podrá cobrar la entidad adjudicadora en estos casos debe reflejar únicamente el costo de la impresión y de la distribución de la información a proveedores o contratistas, aunque no se define el término "distribución". En su séptimo período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó la cuestión del cobro de comisiones por la información que se suministra al público en general (véase A/CN.9/WG.I/WP.34 y adiciones). El Grupo de Trabajo aplazó su examen. Tal vez desee examinar si en la Guía para la incorporación al derecho interno debe figurar o no una exposición de las posibles consecuencias negativas que puede acarrear el cobro de comisiones por el acceso a información general sobre la contratación pública.

III. Sugerencias de redacción

A. Artículo 5

34. En su séptimo período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en que los principios generales que reglamentan la publicación de información relativa a la contratación pública con arreglo a la Ley Modelo, se refundieran en una versión revisada de su artículo 5, que se aplicaría no solo a la divulgación de textos legales, como en el caso del actual artículo 5, sino también a la de toda información que estuviera ya regulada en otro artículo de la Ley Modelo, como las convocatorias a participar en el proceso de adjudicación de un determinado contrato (artículos 24, 37, 46, 47 y 48) y los anuncios de adjudicación de contratos (artículo 14), así como a la de cualquier otra información cuya publicación estuviera prevista en la versión revisada de la Ley Modelo. Se acordó también que el artículo 5 revisado se basara en los principios generales de que podría optarse por cualquier medio de publicación o combinación de medios de publicación, y de que su elección no tendría que justificarse, siempre que cumplieran con determinadas "normas de accesibilidad", como la de no obstaculizar injustificadamente el acceso al procedimiento adjudicatario ni discriminar a ningún proveedor ni discriminarlos entre ellos (A/CN.9/575, párrafos 25 y 26). Estos principios generales y las "normas de accesibilidad" se abordan en el proyecto de artículo 4 *bis*, examinado en una nota de la Secretaría (véase A/CN.9/WG.I/WP.38 y adición).

---

[49] Véase, por ejemplo, el caso de Sudáfrica (http://origin.sundayobserver.lk/2001/pix/gov_gazette.html).

35. En su séptimo período de sesiones, el Grupo de Trabajo acordó también que en un futuro período de sesiones, cuando reanudara sus deliberaciones sobre el proyecto de artículo 5, examinaría el texto siguiente:

"Artículo 5. Acceso del público a la información concerniente a la adjudicación del contrato

1) El texto de la presente Ley y el reglamento de la contratación pública, así como todas las decisiones y directrices administrativas de aplicación general referentes a contratos cuya adjudicación se rija por la presente Ley, y todas las enmiendas de esos textos, así como todos los demás documentos y demás información que se hayan de publicar [o que se vengan publicando en virtud de la presente Ley], se pondrán sin demora a disposición del público y se actualizarán sistemáticamente.

[2) Toda otra información que un Estado promulgante o una entidad adjudicadora decida publicar, por ejemplo, la relativa a todo contrato próximamente adjudicable, control interno o directriz interna, se pondrá sin demora a disposición del público [y se actualizará sistemáticamente].]"

36. Por lo que atañe al párrafo 1 del artículo revisado, la finalidad del texto entre corchetes es abarcar la información cuya publicación pueda no requerirse con arreglo a la Ley Modelo pero que deba ponerse a disposición del público general para su consulta y por ello se publique (véase el párrafo 3) del artículo 55 de la Ley Modelo, relativo a las decisiones adoptadas durante el procedimiento de examen del proceso de contratación). Tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar la posibilidad de agregar a este párrafo una referencia expresa a las decisiones judiciales y a las políticas, los procedimientos y las prácticas referentes a la contratación pública, y ampliar el comentario de la Guía para la incorporación al derecho interno aprovechando la redacción del párrafo 68 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico[50], en que se señala que el término "la ley" se entenderá como referido no solo a disposiciones de derecho legislativo o reglamentario, sino también a otras normas de derecho jurisprudencial y de derecho procesal, incluidas las normas del *common law*.

37. El Grupo de Trabajo no ha examinado el párrafo 2 del artículo revisado. La finalidad de este es abarcar otra información que se pone al alcance del público por decisión de las autoridades, incluidas las entidades adjudicadoras. En la Guía se debe ahondar sobre la utilidad de publicar todos los textos normativos relacionados con la contratación pública, precisando que si bien este requisito podría resultar demasiado gravoso cuando se dispone únicamente de formato sobre papel, tal vez no sería el caso si se utilizaran medios electrónicos. Se prevé que en la Guía se expongan, en el contexto de la equivalencia funcional de todos los métodos de comunicación, publicación, intercambio o archivo de información o documentos

---

[50] El texto de la Ley Modelo figura en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/51/17), anexo I (publicado también en el Anuario de la CNUDMI, vol. XXVII: 1996 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.98.V.7), tercera parte, anexo I). La Ley Modelo y la Guía para su incorporación al derecho interno que la acompaña aparecieron como publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.99.V.4, y pueden consultarse en formato electrónico en el sitio de la CNUDMI en Internet www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html).

-aspecto que se aborda actualmente en el proyecto de artículo 4 *bis*-, las ventajas de la utilización de medios de comunicación electrónicos en la contratación pública, incluso para publicar la información pertinente y su actualización sistemática. Podría ser útil que en la observación sobre el artículo 5 revisado se hiciera una remisión a los análisis pertinentes que figuran en la Guía.

38. Se debería estudiar la posibilidad de incluir en el párrafo 2 del artículo revisado una remisión a la información sobre los contratos próximamente adjudicables, junto con un posible artículo 5 *bis* (véase, más adelante, la subsección B). La forma en que se aborde esta información en la versión revisada del artículo 5 dependerá de si la Ley Modelo se ocupa de este asunto o no y, en caso afirmativo, de los términos en que lo haría, y en particular de si la publicación de dicha información sería optativa o imperativa (véanse los párrafos 16 y 17, *supra*).

39. Además de examinar el artículo 5 revisado, el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la posibilidad de formular reglas generales sobre la publicación de información, como las que se abordan en la sección II (véanse, en particular, los párrafos 22 a 24, 26 y 31), y examinar también su postura en cuanto al cobro de comisiones por la información que se ponga en general al alcance del público (véase el párrafo 33 *supra*), a fin de insertarlas en la Ley Modelo o a la Guía para la incorporación al derecho interno. Podrá igualmente evaluar si se aplicarían tanto a la información cuya publicación se requiere con arreglo al párrafo 1 como a la que se señala en el párrafo 2 del artículo 5 revisado. Los mismos principios generales para la publicación de información relativa a la contratación pública (véase el párrafo 34 *supra*), toda norma sobre publicación que desee formular el Grupo de Trabajo, las "normas de accesibilidad" (véase A/CN.9/WG.I/WP.38 y adición) y la obligación de "mantenimiento sistemático" (véanse los párrafos 23 y 24 *supra*).

B. Artículo 5 *bis* (publicación de información sobre todo contrato próximamente adjudicable)

40. En su séptimo período de sesiones, el Grupo de Trabajo expresó su preferencia por la variante B del artículo 5 *bis* propuesto, titulado "Anuncio de los contratos adjudicables", que figura en el documento A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2 y cuyo texto es el siguiente:

> "Dentro del [el Estado promulgante especificará el plazo] a partir del comienzo del ejercicio fiscal, las entidades adjudicadoras podrán publicar un anuncio de sus necesidades previstas de contratación para el siguiente [el Estado promulgante especificará el período]."

41. A reserva de la decisión del Grupo de Trabajo sobre la publicación de información relativa a todo contrato próximamente adjudicable con arreglo a la Ley Modelo, podía ampliarse la variante B, en particular a fin de regular otras condiciones de la publicación de esta información, o podrían darse orientaciones pertinentes en la Guía para la incorporación al derecho interno (véanse los párrafos 16 y 17 *supra*). Además, en la Guía podría señalarse al Estado promulgante la utilidad de publicar esta información. Podría indicarse especialmente que esta información, aunque no es vinculante para las entidades adjudicadoras y no entorpece el proceso de presupuestación, impone disciplina a estas entidades en la

planificación de los contratos adjudicables, reduce la necesidad de utilizar procedimientos “especiales” o “de emergencia” y, en consecuencia, la de utilizar métodos de contratación menos competitivos. Además, en la Guía podía agregarse que la publicación de esta información permite a un mayor número de proveedores tener conocimiento de las posibilidades de contratos adjudicables, evaluar su interés por participar en el proceso adjudicatorio y planificar sus ofertas con antelación y en consecuencia, lo que también redunda en beneficio de la competencia, la transparencia y el ahorro de costos. También podría subrayarse la repercusión favorable de esta información en el contexto más amplio de la gestión de los asuntos públicos, en particular la de facilitar el escrutinio público del proceso de contratación y la participación de la entidad destinataria.

C. Nuevas disposiciones

42. Tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar la posibilidad de prever la publicación de la información suplementaria que se requiera cuando se utilicen determinadas técnicas y modalidades de contratación pública, como listas de proveedores, acuerdos marco y subastas electrónicas inversas (véase el párrafo 12 del documento A/CN.9/WG.I/WP.39), así como la de examinar otras cuestiones sustantivas relacionadas con dichas técnicas y modalidades, que el Grupo abordará en su momento.

D. Nota de la Secretaría sobre posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: textos normativos propuestos en relación con el empleo de la subasta electrónica inversa y con las ofertas anormalmente bajas, presentada al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su octavo período de sesiones

(A/CN.9/WG.I/WP.40 y Add.1) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1-3
II.	Observaciones generales	4-8
III.	Disposiciones encaminadas a permitir y regular el empleo de la subasta electrónica inversa en el marco de la Ley Modelo	9-17
	A. Observaciones generales	9-10
	B. Nuevo texto propuesto para la Ley Modelo: nuevo artículo 19 *bis*	
	C. Comentario y otras cuestiones que se someten a consideración del Grupo de Trabajo y que se sugiere incluir en la Guía con respecto al artículo 19 *bis*	11-16
	D. Texto propuesto para la Guía en relación con el artículo 19 *bis*	17
IV.	Disposiciones encaminadas a regular el desarrollo de la subasta electrónica inversa en la Ley Modelo - textos propuestos de nuevos artículos 47 *bis y ter*	18-35
	A. Período anterior a la subasta	19-25
	1. Observaciones generales	19-20
	2. Nuevo texto propuesto para la Ley Modelo: nuevo artículo 47 *bis*	
	3. Comentario y otras cuestiones que se someten a consideración del Grupo de Trabajo y que se sugiere incluir en la Guía	21-25
	4. Texto adicional propuesto para la Guía en relación con el nuevo artículo 47 *bis*	
	B. Celebración de la subasta	26-35
	1. Observaciones generales	26-27
	2. Nuevo texto propuesto para la Ley Modelo: artículo 47 *ter*	
	3. Comentario y otras cuestiones que se someten a consideración del Grupo de Trabajo y que se sugiere incluir en la Guía	28-35
	4. Texto adicional propuesto para la Guía en relación con el nuevo artículo 47 *ter*	

I. Introducción

1. Los antecedentes de la labor en curso del Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) encaminada a la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (la "Ley Modelo")[1] figuran en los párrafos 5 a 33 del documento A/CN.9/WG.I/WP.37, sometido al examen del Grupo de Trabajo en su actual período de sesiones.

2. En su séptimo período de sesiones, celebrado en Nueva York del 4 al 8 de abril de 2005, el Grupo de Trabajo examinó los siguientes temas: publicación y comunicación por vía electrónica de la información concerniente a la contratación pública, otros aspectos suscitados por la utilización de medios electrónicos de comunicación en el proceso de contratación pública (entre ellos, los controles pertinentes), la subasta electrónica inversa y las ofertas anormalmente bajas (véase también el documento A/CN.9/575). El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara algunos textos sobre estos temas para examinarlos en su octavo período de sesiones (en cuanto a las conclusiones del Grupo de Trabajo acerca de la subasta electrónica inversa en particular, véase A/CN.9/575, párrafos 60 a 67).

3. En la presente nota se someten a consideración del Grupo de Trabajo los textos solicitados con objeto de redactar disposiciones que regulen el empleo de la subasta electrónica inversa y los casos de ofertas anormalmente bajas. El documento está basado en las notas conexas de la Secretaría presentadas al Grupo de Trabajo en su séptimo período de sesiones y debe leerse conjuntamente con estas (A/CN.9/WG.I/WP.35 y Add.1 y A/CN.9/WG.I/WP.36).

II. Observaciones generales

4. En su séptimo período de sesiones el Grupo de Trabajo observó que la subasta electrónica inversa era un método de contratación pública al que se venía recurriendo cada vez más en los países en que el comercio electrónico ya había pasado a ser la norma. En esa ocasión prevaleció el parecer de que, habida cuenta del uso creciente de ese método y de las metas gemelas de la CNUDMI en cuanto a la armonización del derecho y la promoción de las mejores prácticas, la Ley Modelo debía comprender disposiciones que regularan el empleo de la subasta electrónica inversa (A/CN.9/575, párrafo 60). También en esa ocasión el Grupo de Trabajo decidió que en su octavo período de sesiones examinaría los aspectos más detallados de la subasta electrónica inversa, entre ellos, sus condiciones y modalidades de empleo (A/CN.9/575, párrafos 9 y 67).

---

[1] El texto de la Ley Modelo figura en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17 y corrección* (A/49/17 y Corr.1), anexo I (publicado también en el Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, vol. XXV:1994 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.95.V.20), tercera parte, anexo I. La Ley Modelo figura en formato electrónico en el sitio web de la CNUDMI (www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/procurement_infrastructure/1994Model.html).

5. En consecuencia, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que redactara disposiciones habilitantes generales con objeto de que la Ley Modelo regulara el empleo de la subasta electrónica inversa y estableciera los principios básicos para utilizar ese método. El Grupo de Trabajo también pidió que en el proyecto de texto conexo de la Guía para la incorporación del régimen de la Ley Modelo al derecho interno se abordara en detalle la cuestión de la subasta electrónica inversa, en particular sus ventajas y desventajas, y la manera de hacer frente a los riesgos que plantea.

6. Además, el Grupo de Trabajo impartió a la Secretaría la siguiente orientación relativa a la preparación de los textos:

a) Las disposiciones habilitantes deben partir de la base de que la subasta electrónica inversa se empleará como método autónomo de contratación pública, y no como etapa de algún otro método de contratación;

b) Las disposiciones habilitantes deben abordar las condiciones generales para el empleo de la subasta electrónica inversa y no se debe excluir automáticamente ninguna clase de contrato (de bienes, obras o servicios);

c) Debe dejarse bien claro que la condición principal para determinar la idoneidad de la subasta electrónica inversa como método de contratación pública es que las especificaciones puedan redactarse con precisión y que los criterios de valoración que se utilicen en la subasta sean fáciles y objetivamente cuantificables; y

d) Debe tenerse en cuenta el criterio adoptado en relación con el mismo tema por los encargados de la revisión en curso del Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) de la Organización Mundial del Comercio, de índole multilateral, con respecto a la utilización de la subasta electrónica inversa (A/CN.9/575, párrafos 62, 66 y 67)[2].

7. La Secretaría ha presentado los proyectos de texto de manera que las disposiciones sean compatibles con las aplicadas en la Ley Modelo a otros métodos de contratación pública. Como la licitación pública es el método general de contratación de bienes y obras, las disposiciones permiten emplear un procedimiento de subasta electrónica inversa acorde con las pautas del método corriente de licitación, adaptado con ese fin. Conforme al proyecto de texto que figura más adelante, el desarrollo de la subasta propiamente dicha se regiría por los principios y objetivos de las normas que regulan la licitación pública. La Secretaría también ha determinado los artículos del texto actual de la Ley Modelo que deberían modificarse con objeto de posibilitar el empleo de la subasta electrónica inversa, y las enmiendas consiguientes se indican en el capítulo V, en la adición de la presente nota (A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1).

8. Habida cuenta de que la subasta electrónica inversa también puede ser procedente en los supuestos en que la Ley Modelo permite utilizar la licitación restringida con arreglo al artículo 20 (cuando el tiempo y los gastos que exija el procedimiento de licitación sean desproporcionados, o cuando haya un número

---

[2] En consultas sostenidas con la Organización Mundial del Comercio se informó a la Secretaría de que aún no se ha adoptado la decisión de incluir la subasta electrónica inversa en el texto revisado del ACP.

limitado de proveedores por tratarse de bienes sumamente complejos o especializados), se debería dar la opción de aplicar un procedimiento equivalente al de la licitación restringida (véase también el párrafo 24 *infra*).

III. Disposiciones encaminadas a permitir y regular el empleo de la subasta electrónica inversa en el marco de la Ley Modelo

A. Observaciones generales

9. En el texto propuesto como artículo 19 *bis* de la Ley Modelo se someten a consideración del Grupo de Trabajo diversas variantes en lo que respecta a las condiciones para emplear la subasta electrónica inversa y se ofrece la disposición habilitante general que se ha solicitado. En cuanto a la ubicación del artículo, el Grupo de Trabajo tal vez considere que debe figurar en el capítulo II ("Métodos de contratación y condiciones para aplicarlos") y, como forma de licitación, después del actual artículo 19 ("Condiciones para la licitación en dos etapas, la solicitud de propuestas o la negociación competitiva").

10. Después del proyecto propiamente dicho figuran comentarios al respecto y cuestiones pendientes que el Grupo de Trabajo debería examinar. Posteriormente figuran sugerencias para incluir en la Guía con objeto de explicar los diversos aspectos del proyecto de artículo. Por consiguiente, será preciso introducir enmiendas y adiciones a los textos propuestos, especialmente al texto de la Guía, con objeto de reflejar las conclusiones del Grupo de Trabajo sobre las cuestiones pendientes. Se utilizará el mismo formato para cada uno de los proyectos de artículo que figuran en la presente nota.

B. Nuevo texto propuesto para la Ley Modelo: nuevo artículo 19 *bis*

Artículo 19 bis. Condiciones para la subasta electrónica inversa

1) La entidad adjudicadora podrá (, con la aprobación de ... (el Estado promulgante designará el órgano competente),) realizar una subasta electrónica inversa de conformidad con el artículo 47 *bis* y *ter** en las circunstancias siguientes:

a) Cuando la entidad adjudicadora esté en condiciones de formular especificaciones detalladas [y] precisas [y exactas] de los bienes [las obras o los servicios], con objeto de que se pueda homogeneizar el proceso de contratación [;

b) Cuando exista un mercado competitivo de por lo menos [10] proveedores o contratistas [que presumiblemente estén en condiciones de participar en el procedimiento]; y]

[c) Cuando los bienes [, las obras o los servicios] de que se trate sean [normalizados] [productos estándar] [productos básicos], [[de modo que] [y] el precio de éstos [y los demás criterios cuantificables expresados en cifras o

* El texto propuesto figura en el capítulo IV *infra*.

porcentajes] [sea] [sean] [el único criterio] [los únicos criterios] que se [utilice] [utilicen] para determinar la oferta ganadora] [[de modo que] [y] todos los criterios que se presenten y evalúen en la subasta puedan evaluarse automáticamente].

C. Comentario y otras cuestiones que se someten a consideración del Grupo de Trabajo y que se sugiere incluir en la Guía con respecto al artículo 19 *bis*

11. En los proyectos de artículo de la Ley Modelo no figuran definiciones de los términos "subasta", "electrónica" ni "inversa". En su octavo período de sesiones el Grupo de Trabajo ha de considerar la posibilidad de incluir una definición del término "electrónico" en el contexto de la utilización de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública (véase la sección III. D del documento A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1). El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si es necesario definir el concepto de "subasta electrónica inversa" en la propia Ley Modelo, o si será suficiente con la definición propuesta para el texto de la Guía.

12. En la descripción de la subasta electrónica inversa se presume que todos los participantes utilizarán medios electrónicos de comunicación en la subasta propiamente dicha (véanse en el párrafo 23 del documento A/CN.9/WG.I/WP.38 las sugerencias relativas a prescribir el empleo de medios electrónicos de comunicación). Es posible facilitar la participación de proveedores que no tengan acceso a la Internet designando un representante o apoderado (posiblemente en las oficinas de la entidad adjudicadora) para que oferte en nombre del proveedor durante la subasta siguiendo las instrucciones que le dé por teléfono. Como en el proyecto de artículo no se aborda ese aspecto, se podría hacer referencia a esa posibilidad en la Guía[3]. También se podrían abordar allí diversas cuestiones suscitadas por la relativa novedad de las subastas electrónicas inversas, entre ellas, la posibilidad de impartir cursillos de capacitación y de realizar subastas simuladas.

13. La cuestión principal desde el punto de vista de la formulación es decidir en qué medida la Ley Modelo ha de prescribir las condiciones en que se ha de realizar la subasta electrónica inversa, entre ellas, la cantidad de detalles y la exactitud con que se ha de especificar el objeto de la contratación (apartado a) del párrafo 1) del proyecto de artículo) y el grado de competitividad del mercado (apartado b) del párrafo 1)).

14. En el apartado c) del párrafo 1) se presentan opciones que permitirían a la entidad adjudicadora emplear la subasta electrónica inversa para la contratación de obras y servicios además de bienes, se establece en qué medida han de especificarse los bienes pertinentes a fin de poder utilizar el procedimiento y se ofrecen opciones para la presentación de criterios basados únicamente en el precio, o de criterios mixtos basados en el precio y en otros aspectos, a lo largo de la subasta. En los párrafos 20 a 25 del documento A/CN.9/WG.I/WP.35 se examinan condiciones equivalentes que se aplican actualmente en diversos regímenes de la contratación

---

[3] Si el ordenamiento interno del Estado promulgante permite que los proveedores actúen por conducto de un representante o apoderado, tal vez no sea necesario disponerlo expresamente.

pública. En la mayoría de ellos se limita el empleo de la subasta electrónica inversa a los contratos cuyo objeto se pueda determinar con precisión y se excluye la mayoría de los contratos de obras, si bien en otros aspectos hay cierta variación en el grado de imperatividad de las disposiciones. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar en qué medida el artículo ha de ser prescriptivo o facultativo y cuanta orientación ha de incluirse en la Guía con respecto a esas cuestiones.

15. En lo que concierne al apartado c) del párrafo 1), el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar en qué medida deben detallarse las condiciones para el empleo de la subasta electrónica inversa, por ejemplo, si debe utilizarse únicamente para productos normalizados, para productos cuyos criterios variables puedan expresarse en cifras o porcentajes, para productos cuyos criterios variables puedan expresarse en valores equivalentes al precio, o ha de utilizarse una combinación de esos aspectos. Un ejemplo de un producto cuyos criterios variables pueden expresarse en valores equivalentes al precio podría ser el siguiente: se puede asignar al aspecto estético de un edificio o al diseño de un producto una puntuación de 1 a 100 que puede expresarse en valores de precios (por cada punto más la entidad adjudicadora podría estar dispuesta a pagar, por ejemplo, 5.000 euros). Así pues, el diseño se puede tomar en consideración como criterio para la adjudicación, asignándole puntos que se consideren equivalentes a un precio antes de celebrar la subasta y teniendo en cuenta automáticamente esos puntos en el curso de esta[4] . No obstante, el diseño propiamente dicho no se evalúa durante la subasta. El Grupo de Trabajo tal vez desee observar que en el proyecto de texto relativo al desarrollo de la subasta propiamente dicha, enunciado en el capítulo IV *infra*, se exige implícitamente que todos los criterios que se presenten y evalúen en la subasta se puedan evaluar automáticamente.

16. Una última cuestión que el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar es si el régimen de la Ley Modelo únicamente regulará la subasta electrónica inversa (y no la subasta inversa en su forma tradicional, es decir, no electrónica) (véase también el párrafo 63 del documento A/CN.9/575, en el que se recogen las serias dudas expresadas en el séptimo período de sesiones del Grupo de Trabajo con respecto a que la subasta inversa tradicional constituyera la mejor práctica que la Ley Modelo debería promover). En los proyectos de disposición y el comentario enunciados anteriormente solo se ha tenido en cuenta la reglamentación de la subasta electrónica inversa.

D. Texto propuesto para la Guía en relación con el artículo 19 *bis*

17. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar el siguiente proyecto de texto para incluir en la Guía, en la inteligencia de que puede ser necesario introducir cambios de estilo y otras modificaciones menores con objeto de garantizar la congruencia interna de la Guía una vez concluida.

---

[4] Sería el criterio aplicado en el modelo 2 de subasta que figura en el párrafo 33 del documento A/CN.9/WG.I/WP.35.

Artículo 19 bis. *Condiciones para la subasta electrónica inversa*

1) Cabe definir la subasta electrónica inversa como una subasta dinámica directa realizada en línea entre una organización compradora y varios proveedores que compiten entre sí para obtener la adjudicación de un contrato presentando sucesivamente ofertas de precio inferior o mejor calificadas durante un plazo predeterminado. Desde 1994, año en que se aprobó la Ley Modelo original, esa clase de subastas se ha venido utilizando cada vez más. Se ha observado que la subasta electrónica inversa puede tener muchas ventajas. En primer lugar, puede mejorar la relación costo-calidad (al obtenerse un precio de mercado competitivo y economías sustanciales mediante una negociación dinámica directa). En segundo lugar, puede reforzar la eficiencia en la asignación de recursos (abreviando el plazo necesario para adjudicar un contrato y reduciendo los gastos administrativos del procedimiento tradicional de licitación abierta). En tercer lugar, puede aumentar la transparencia del proceso de contratación pública, ya que los participantes disponen de información sobre las demás ofertas y sobre los resultados del procedimiento, lo que también previene el abuso y la corrupción. La tecnología electrónica ha facilitado la utilización de la subasta inversa reduciendo considerablemente los gastos de las operaciones. Sin embargo, se ha expresado la preocupación de que el empleo de ese método lleve a asignar excesiva importancia al precio de la oferta y, como su funcionamiento es tan sencillo, pueda llegar a utilizarse en demasía y en situaciones improcedentes.

2) Para que las entidades adjudicadoras de los Estados promulgantes puedan servirse debidamente de la subasta electrónica inversa, se ha revisado la Ley Modelo con miras a autorizarla expresamente como método de contratación pública, a reserva de lo dispuesto en los artículos 19 *bis* y 47 *bis* y *ter*. En el comentario que se hace artículo por artículo a continuación se ofrece más orientación sobre los diversos aspectos de las disposiciones.

3) *[insértese orientación sobre las condiciones del apartado c) del párrafo 1) - véanse los párrafos 13 y 14* supra*]*.

4) A la luz de lo expresado anteriormente, los Estados promulgantes tal vez deseen establecer otras condiciones para la subasta electrónica inversa en la reglamentación. Por ejemplo, se podría utilizar exclusivamente para [bienes normalizados] [productos estándar] [productos básicos] [y ciertos tipos de obras y servicios sencillos], entre ellos productos básicos (combustible, bienes de equipo estándar de tecnología de la información, suministros de oficina y materiales básicos de construcción) y artículos que entrañen gastos de postventa menores o nulos y no requieran servicios ni mejoras una vez que se haya cumplido el contrato inicial. Si bien podrían utilizarse listas ilustrativas para determinar los bienes [, obras y servicios] que se podrían contratar mediante subastas electrónicas inversas, los Estados promulgantes deben ser conscientes de que las listas habrán de actualizarse periódicamente, a medida que vayan surgiendo nuevos productos u otros artículos pertinentes. Se ha observado que algunos trabajos de construcción y servicios (por ejemplo, de mantenimiento de carreteras) pueden ser objeto fácilmente de subastas electrónicas inversas, si bien en la mayoría de los servicios y obras la

utilización de este método de contratación quedará descartada debido a la exigencia de formular especificaciones detalladas [y] precisas [y exactas].

5) A efectos de reducir al mínimo el riesgo de prácticas colusorias, entre ellas la notificación indebida de precios, y de preservar la anonimidad de los participantes en el curso de la subasta, los Estados promulgantes tal vez deseen establecer el número mínimo de proveedores o contratistas del mercado correspondiente [que presumiblemente vayan a participar]. En el artículo 47 *bis** se dispone que el procedimiento se [suspenda o cancele] si el número de participantes fuera inferior a ese número mínimo antes de la apertura de la subasta propiamente dicha.

IV. Disposiciones encaminadas a regular el desarrollo de la subasta electrónica inversa en la Ley Modelo - textos propuestos de nuevos artículos 47 *bis* y *ter*

18. Para facilitar las deliberaciones del Grupo de Trabajo, el texto propuesto en relación con el desarrollo de la subasta electrónica inversa se ha separado en dos períodos -el período anterior a la subasta y la subasta propiamente dicha, presentados como nuevos artículos 47 *bis* y *ter*, respectivamente- y posteriormente se sugieren textos para la Guía y el comentario adicional. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la posibilidad de que la versión final de la disposición se combine en un solo artículo para facilitar su utilización por parte de los Estados promulgantes.

A. Período anterior a la subasta

1. Observaciones generales

19. El Grupo de Trabajo tal vez desee abordar el desarrollo de la subasta electrónica inversa en su totalidad en la Ley Modelo o en un proyecto de reglamento, o combinar las dos modalidades e incluir un comentario apropiado en la Guía en cada caso. El texto que figura a continuación se presenta como proyecto de artículo de la Ley Modelo, aunque una parte de él podría igualmente adoptar la forma de artículo de un proyecto de reglamento. Por ejemplo, y habida cuenta de su especificidad, esto último tal vez sería más adecuado para los elementos mencionados en los incisos ii) a xi) del apartado e) del párrafo 4) (que, en consecuencia, se presentan entre corchetes).

20. En los párrafos 7 a 21 del documento A/CN.9/WG.I/WP.35/Add.1 se comentan disposiciones equivalentes de otros regímenes vigentes de la contratación pública.

---

* El proyecto de texto propuesto para ese artículo figura en el capítulo IV *infra*.

2. Nuevo texto propuesto para la Ley Modelo: nuevo artículo 47 *bis*

Artículo 47 bis. *Subasta electrónica inversa - Período anterior a la subasta*

1) Lo dispuesto en el capítulo III de la presente Ley se aplicará a la subasta electrónica inversa, salvo en la medida en que se disponga otra cosa en el presente artículo.

[2) En toda contratación pública realizada por conducto de una subasta electrónica inversa, la entidad adjudicadora [iniciará] [podrá iniciar] un procedimiento de precalificación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7].

3) Antes de la subasta, los proveedores o contratistas presentarán ofertas iniciales completas en todo sentido, si bien no es necesario que incluyan los elementos que se habrán de presentar en la subasta. [No obstante, la entidad adjudicadora podrá solicitar que las ofertas comprendan esos elementos.]

4) a) La entidad adjudicadora llevará a cabo una evaluación inicial de las ofertas con objeto de determinar su conformidad con arreglo a lo dispuesto en el artículo 34 y evaluar todos los elementos de las ofertas que no se hayan de presentar en la subasta con arreglo a los criterios de adjudicación establecidos y a los coeficientes de ponderación que se les hayan asignado. [La entidad adjudicadora calificará las ofertas sobre la base de los elementos constitutivos de estas que no se hayan de presentar en la subasta con arreglo a los criterios de adjudicación.]

4) b) Tras la evaluación a que se hace referencia en el apartado a) del párrafo 4), la entidad adjudicadora [convocará a participar en la subasta a todos los proveedores o contratistas, salvo aquellos cuyas ofertas se hayan rechazado en virtud del apartado a) del párrafo 4)] [podrá convocar a participar en la subasta a los concursantes que hayan recibido la mayor puntuación con arreglo al párrafo anterior, a reserva de lo dispuesto en el apartado e) *infra*].

4) c) En la convocatoria se consignarán la forma y el plazo en que los proveedores y contratistas deberán inscribirse para participar en la subasta.

4) d) La entidad adjudicadora se asegurará de que el número de proveedores o contratistas invitados a participar en la subasta sea suficiente para que esta resulte competitiva. Si el número de proveedores o contratistas [idóneos para participar en la subasta/admitidos a la subasta/que se hayan inscrito para participar en la subasta] [es de menos de [número]] [es, a juicio de la entidad adjudicadora, insuficiente para que la subasta resulte competitiva], la entidad adjudicadora [retirará la convocatoria].

4) e) A menos que ya se haya [hayan] facilitado a los proveedores o contratistas, la convocatoria a participar en la subasta electrónica inversa comprenderá [la siguiente información] [los detalles indicados en el apartado n) *bis* del artículo 27* y]:

i) Si en la evaluación inicial se han utilizado elementos de la oferta distintos del precio, los resultados de la evaluación inicial de la oferta del concursante invitado;

[ii) La fecha y hora de la apertura de la subasta;

iii) La dirección del sitio web en el que se celebrará la subasta y en el que se tendrá acceso al reglamento de la subasta, la documentación para la presentación de ofertas y todo otro documento pertinente;

iv) Los requisitos de inscripción y de identificación de los concursantes en el momento de la apertura de la subasta;

v) Los elementos de la oferta que habrán de presentarse en la subasta;

vi) Si el contrato se ha de adjudicar al concursante que presente la oferta evaluada como la más baja, la fórmula que se utilizará para cuantificar todo elemento constitutivo de la oferta, sin ser el precio, que haya de presentarse [todos esos elementos deben ser cuantificables y poderse expresar en cifras o en porcentajes]. La fórmula comprenderá el coeficiente de ponderación de todos los criterios establecidos para determinar la oferta evaluada como la más baja;

vii) La información que se facilitará a los concursantes durante la subasta y, si procede, la manera y el momento en que se facilitará esa información;

viii) Toda información pertinente al desarrollo de la subasta, entre otras cosas, todo dato de identificación necesario para la contratación, los requisitos técnicos del equipo electrónico que haya de utilizarse y si la subasta se desarrollará en una o más etapas (en este último caso se indicará el número de etapas y la duración de cada una de ellas);

ix) Las condiciones en que los concursantes podrán presentar sus ofertas y, en particular, toda diferencia mínima en el precio o en algún otro elemento constitutivo de la oferta que [se haya de introducir para poder presentar una nueva oferta] [suponga una mejora que justifique la presentación de una nueva oferta en el curso de la subasta] [y el tiempo que la entidad adjudicadora ha de dejar transcurrir tras recibir la última oferta antes de poder declarar clausurada la subasta];

x) Toda información de interés concerniente al equipo electrónico utilizado y a los procedimientos y especificaciones técnicas necesarios para la conexión;

xi) Los criterios que determinarán la clausura de la subasta;] y

xii) Toda [otra] información necesaria para que el proveedor o contratista pueda participar en la subasta. [El reglamento de la contratación pública podrá prescribir la información que ha de facilitarse al respecto.]

---

* El texto del apartado n) bis del artículo 27 (contenido del pliego de condiciones) figura en el capítulo V (véase el documento A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1).

5) La entidad adjudicadora dejará transcurrir suficiente tiempo entre la convocatoria a participar en la subasta y la apertura de esta para garantizar que haya suficientes participantes. El reglamento de la contratación pública podrá establecer un plazo mínimo con ese fin.

3. Comentario y otras cuestiones que se someten a consideración del Grupo de Trabajo y que se sugiere incluir en la Guía

21. En el párrafo 2) del proyecto de artículo se aborda la cuestión de la calificación de los posibles concursantes. El procedimiento de precalificación tiene por objeto determinar que los aspirantes reúnan los requisitos mínimos para el cumplimiento del contrato, de modo que, al clausurarse la subasta, se conocerá al proveedor o contratista ganador. La etapa de precalificación también permite estimar el número de participantes que se ha de invitar a la subasta. Si se recibe un número de solicitudes inferior a lo previsto y no cabe esperar que la subasta sea realmente competitiva, la entidad adjudicadora tal vez tendrá que retirar la convocatoria conforme a lo dispuesto en el apartado d) del párrafo 4).

22. En las subastas electrónicas inversas que se realizan en el Brasil no hay una etapa de calificación hasta después de la clausura de la subasta con objeto de ahorrar el tiempo y los recursos que exigiría la precalificación de numerosos proveedores[5]. Antes de dar instrucciones a la Secretaría con respecto a la calificación de los concursantes en el contexto de la subasta electrónica inversa, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar los costos y beneficios de llevarla a cabo antes o después de la subasta, y si debería darse a la entidad adjudicadora la posibilidad de decidir cuándo hacerlo.

23. En el apartado a) del párrafo 4) se da la opción de que la entidad adjudicadora clasifique las ofertas sobre la base de los elementos que no se hayan de presentar en la subasta con arreglo a los criterios de adjudicación. Esa opción es apropiada si se permite emplear el modelo 2 de subasta electrónica inversa descrito en el párrafo 33 del documento A/CN.9/WG.I/WP.35 (y no únicamente el modelo 1, en el que todos los aspectos de las ofertas que deben compararse para elegir al ganador se presentan en la subasta propiamente dicha y no se requiere clasificación alguna). Por consiguiente, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si se deben admitir los modelos 1 y 2, o únicamente el modelo 1.

24. Los apartados a) y d) del párrafo 4) también abordan la cuestión del número de posibles concursantes que se invitará a participar en la subasta. Debe determinarse si el tiempo y los gastos que entrañan las subastas de mayor envergadura se ven compensados realmente con un mayor grado de competitividad. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de que se exija un procedimiento de participación abierta, si siempre se permitirá limitar el número de participantes, o si la entidad adjudicadora estará facultada para adoptar cualquiera de los dos criterios, por ejemplo, tomando en consideración las condiciones para el procedimiento de licitación restringida establecidas en el artículo 20 del texto actual de la Ley Modelo. En el artículo 20 se dispone que "la entidad adjudicadora podrá, cuando sea necesario por razones de economía y eficiencia, recurrir a la

---

[5] Véanse también el párrafo 40 y la nota 68 de pie de página del documento A/CN.9/WG.I/WP.35.

contratación mediante el procedimiento de licitación restringida de conformidad con el artículo 47, cuando: a) Los bienes, las obras o los servicios, en razón de su gran complejidad o su carácter especializado, solo puedan obtenerse de un número limitado de proveedores o contratistas; o b) El tiempo y los gastos que requeriría el examen y la evaluación de un gran número de ofertas sería desproporcionado con respecto al valor de los bienes, las obras o los servicios que se hayan de contratar".

25. En cuanto al apartado e) del párrafo 4), el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la posibilidad de establecer expresamente los detalles de la información necesaria para que el proveedor o contratista pueda decidir si va a participar o no en la subasta (incisos ii) a xi) del apartado e) del párrafo 4), o bien, podría disponerse que se facilitara toda la información pertinente, en la medida en que no se hubiese hecho ya lo propio en el pliego de condiciones. Los detalles acerca de la información podrían darse también, o de lo contrario, en el reglamento de la contratación pública, e incluirse un comentario pertinente en la Guía[6].

4. Texto adicional propuesto para la Guía en relación con el nuevo artículo 47 *bis*

Artículo 47 bis. *Subasta electrónica inversa - Período anterior a la subasta*

1) La subasta electrónica inversa se considerará un método de licitación y, en consecuencia, se regirá por las disposiciones del capítulo III de la Ley Modelo, a menos que estas sean incompatibles con el carácter del procedimiento de subasta.

2) [*insértese orientación con respecto a la calificación de los concursantes -véase el párrafo 21* supra].

3) En el párrafo 3) se considera el contenido de las ofertas iniciales. Exigir que las ofertas iniciales comprendan todos los elementos, incluidos los que se deberán presentar en la subasta, puede ayudar a la entidad adjudicadora a establecer un precio de base para las ofertas. No obstante, es posible que la entidad adjudicadora considere innecesaria esa información, la cual, además, puede resultar una carga onerosa para los proveedores. Esa cuestión puede ir perdiendo importancia a medida que se adquiera más experiencia en materia de subastas electrónicas inversas.

4) En los apartados a) y b) del párrafo 4) se prevé la posibilidad de adoptar los principios de la licitación abierta (es decir, que puedan participar todos los proveedores idóneos) o de la licitación restringida, es decir, que se invite a participar únicamente a los concursantes cuyas ofertas hayan obtenido más puntos. [*insértese orientación con respecto a la puntuación de las ofertas iniciales - véase el párrafo 23* supra - *y sobre el empleo de la licitación abierta y de la licitación restringida - véase el párrafo 24* supra.]

5) En el apartado d) del párrafo 4) se aborda la cuestión de la inscripción de los aspirantes, ocasión en que se les asigna un código de identificación y una contraseña para que puedan ingresar al sistema y participar en la subasta, proporcionando información para más seguridad, de ser necesario.

---

[6] Véase también el capítulo V del documento A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, en que se examina la información equivalente que ha de presentarse con arreglo al apartado n) bis del artículo 27 (contenido del pliego de condiciones).

6) El apartado e) del párrafo 4) tiene por objeto garantizar la transparencia de la información que se brinde a los proveedores. Entre otras cosas, se dispone que en la convocatoria se dé a conocer la fórmula para evaluar los criterios distintos del precio que deban presentarse en la subasta. En general la Ley Modelo no exige a las entidades que elaboren ni den a conocer fórmulas precisas para la evaluación, pero alienta a los Estados promulgantes a actuar con la mayor objetividad posible. Así pues, si se admiten criterios distintos del precio, la entidad adjudicadora se verá obligada a elaborar una fórmula de evaluación precisa y, para mayor transparencia, darla a conocer. Además, en la subasta solo podrán presentarse elementos de las ofertas que sean cuantificables, por ejemplo, valores equivalentes al precio, de manera de posibilitar la evaluación automática de las ofertas a lo largo de todo el proceso. Aun cuando el procedimiento se utilice solamente para la contratación de bienes y servicios normalizados, las consideraciones ajenas al precio (por ejemplo, los gastos de funcionamiento y mantenimiento de vehículos) pueden ser significativas.

7) En cuanto al párrafo 5), los Estados promulgantes tal vez deseen establecer un plazo mínimo en el reglamento, aunque se admitan plazos más prolongados cuando se trate de un contrato muy complicado.

B. Celebración de la subasta

1. Observaciones generales

26. Al igual que con respecto al período anterior a la subasta mencionado anteriormente, el Grupo de Trabajo tal vez desee abordar la cuestión del desarrollo de la subasta propiamente dicha en la Ley Modelo o en un proyecto de reglamento, e incluir un comentario pertinente en la Guía en cualquiera de los dos casos. El texto que figura a continuación se presenta como proyecto de artículo de la Ley Modelo, si bien podría igualmente adoptar la forma de artículo de un proyecto de reglamento.

27. En los párrafos 22 a 37 del documento A/CN.9/WG.I/WP.35/Add.1 se comentan disposiciones equivalentes de otros regímenes vigentes de la contratación pública.

2. Nuevo texto propuesto para la Ley Modelo: artículo 47 *ter*

Artículo 47 ter. Subasta electrónica inversa - Desarrollo de la subasta propiamente dicha

1) En el curso de una subasta electrónica inversa:

a) Se hará una evaluación automática de todas las ofertas;

b) La entidad adjudicadora [proporcionará] [comunicará instantáneamente] a todos los concursantes en forma continua suficiente información [para que cada uno de ellos pueda establecer su propia puntuación en la subasta en todo momento] [si tiene la mayor puntuación en la subasta] [como para determinar los cambios que se han de introducir en cualquier oferta a fin de que obtenga la mayor puntuación en la subasta]];

c) Todos los proveedores y contratistas participantes tendrán iguales posibilidades, en todo momento, para revisar sus ofertas con objeto de tener en cuenta los elementos que se vayan presentando a lo largo de la subasta.

2) Se procederá a declarar clausurada la subasta estrictamente de conformidad con el método, las fechas y los plazos establecidos en el pliego de condiciones o en la convocatoria, de la siguiente manera:

a) Una vez que hayan transcurrido la fecha y el plazo establecidos para la clausura; o

b) Cuando haya transcurrido cierto plazo determinado [sin que se haya presentado una nueva oferta válida que sea mejor que la que haya obtenido la mayor puntuación] [Cuando la entidad adjudicadora ya no reciba nuevos precios o nuevos valores que reúnan los requisitos relativos a las diferencias mínimas];

c) La entidad adjudicadora [también podrá anunciar en cualquier momento el número de participantes en la subasta, si bien] no revelará la identidad de ninguno de los concursantes [durante la subasta] [hasta que se haya declarado clausurada la subasta. Los párrafos 2) y 3) del artículo 33 no serán aplicables a un procedimiento de subasta electrónica].

3) La entidad adjudicadora podrá suspender la subasta electrónica inversa si fallara el sistema o las comunicaciones.

4) Durante la subasta electrónica inversa no se establecerá comunicación alguna entre la entidad adjudicadora y los proveedores o contratistas, salvo por las comunicaciones previstas en los apartado b) y c) del párrafo 1 *supra*.

5) La oferta ganadora será la que esté en primer lugar en el orden de puntuación establecido mediante el mecanismo de evaluación automática en el momento de clausurarse la subasta.

6) Si se pide al proveedor o contratista que presentó la oferta ganadora que demuestre una vez más su idoneidad de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 6) del artículo 34 y no lo hace, si el proveedor o contratista no firma un contrato por escrito cuando se le solicite hacerlo, o si no da una garantía de cumplimiento del contrato que se le haya solicitado, la entidad adjudicadora podrá [abstenerse de] elegir otra oferta de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 7) del artículo 34 o el párrafo 5) del artículo 36 [, pero deberá reabrir la subasta electrónica inversa, que se desarrollará entonces de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo/adoptar otro método de contratación].

7) Siempre que sea oportuno, [toda referencia a las ofertas en la Ley Modelo] [toda referencia a las ofertas en los artículos [véanse los párrafos 33 y 34 *infra*] se interpretará en el sentido de que abarca las ofertas iniciales presentadas en un procedimiento de subasta electrónica inversa*.

---

* Véase en los párrafos 33 y 34 la explicación de esta disposición.

3. Comentario y otras cuestiones que se someten a consideración del Grupo de Trabajo y que se sugiere incluir en la Guía

28. Con respecto al apartado c) del párrafo 2), la identidad del ganador del contrato se dará a conocer, por lo general, conforme a lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley Modelo. En ese artículo también se ha previsto la posibilidad de dar información sobre los demás concursantes, si bien esa información se podrá retener cuando exista una razón justificada para hacerlo (párrafo 3) del artículo 11). En relación con el procedimiento de licitación, los párrafos 2) y 3) del artículo 33 también disponen que las ofertas se abran en presencia de los participantes y que se dé información a los proveedores sobre la identidad de otros concursantes y el precio de sus ofertas con objeto de que puedan verificar la aplicación de las normas, si bien únicamente después de que concluya la etapa de presentación de ofertas. A falta de otra disposición, ese procedimiento sería aplicable a la apertura de las ofertas iniciales presentadas conforme a lo dispuesto en el párrafo 3) del artículo 47 *bis*, y la anonimidad de la subasta se vería comprometida. Como los precios finales se determinan durante la subasta, revelar la identidad de los concursantes previamente puede ser innecesario y también contraviene el principio de que la identidad de las partes no debe revelarse hasta que haya concluido el procedimiento de adjudicación. En consecuencia, la segunda variante que figura entre corchetes en el apartado c) del párrafo 2) excluiría la aplicación de los párrafos 2) y 3) del artículo 33 en el caso de las subastas[7, 8].

29. Con respecto al apartado b) del párrafo 1), el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar las cuestiones enunciadas en los párrafos 30 a 33 del documento A/CN.9/WG.I/WP.35/Add.1 antes de impartir orientación a la Secretaría con respecto al alcance de la obligación de revelar información (por ejemplo, si, además de la puntuación del concursante, se dará información acerca de la manera de mejorar la oferta para ganar el contrato).

30. Con respecto al párrafo 2), el Grupo de Trabajo tal vez desee limitar las posibilidades de prorrogar el plazo de la subasta. Véanse, por ejemplo, los párrafos 25 y 26 del documento A/CN.9/WG.I/WP.35/Add.1. Se ha observado que puede ser acertado conceder prórrogas únicamente cuando se trate de contratos de valor elevado, ya que puede considerarse que imponen una presión indebida a los concursantes para que bajen los precios y ponen en desventaja a los concursantes que dispongan de un tiempo determinado para participar en la subasta electrónica inversa. Por otra parte, se ha observado que el volumen de las ofertas aumenta más y sus precios disminuyen más inmediatamente antes de la clausura de la subasta, de modo que la posibilidad de prorrogarla podría aumentar la rentabilidad.

---

[7] Otra posibilidad sería incorporar una disposición que excluyera la aplicación de los párrafos 2) y 3) del artículo 33 en el párrafo relativo a la evaluación inicial de las ofertas, aunque, debido a la importancia de esta cuestión para el desarrollo de la subasta electrónica inversa, el Grupo de Trabajo puede considerar que sería mejor incluirla en el proyecto de artículo 47 ter.

[8] La licitación en dos etapas, al igual que la subasta, entraña la presentación de ofertas sucesivas, si bien en la Ley Modelo no se imparte orientación sobre la manera de aplicar el artículo 33 a esa clase de licitaciones. El Grupo de Trabajo tal vez desee formular una disposición equivalente en el caso de la licitación en dos etapas.

31. Con respecto al párrafo 6, en la subasta electrónica inversa normalmente se determina solo la mejor oferta, y no (a menos que se solicite expresamente) las mejores ofertas que otros participantes podrían haber hecho. Si el concursante ganador no celebra el contrato, se puede permitir a la entidad adjudicadora que entable negociaciones con otros concursantes. No obstante, como generalmente no se puede saber quién habría presentado la siguiente oferta más ventajosa si hubiese continuado la subasta (ya que los concursantes pueden retirarse sin presentar su mejor oferta si otros concursantes presentan ofertas de precio demasiado bajo y, por consiguiente, tal vez no sea posible determinar un segundo ganador), sería necesario entablar negociaciones con todos los demás concursantes. En el pliego de condiciones o en las instrucciones para la subasta se podría exigir a todos los proveedores que presentaran la oferta más ventajosa posible, aunque no fuera la oferta aparentemente ganadora, a fin de poder determinar cuál es el siguiente ganador. Convendría entonces utilizar el procedimiento acostumbrado del artículo 36 de la Ley Modelo para abordar los casos en que el aparente ganador no celebre el contrato, es decir, adjudicarlo al siguiente ganador. En ese caso, también se podría establecer en el pliego de condiciones que se adjudicara el contrato al concursante que hubiera presentado la siguiente oferta más ventajosa. Las otras opciones presentadas pueden ser más transparentes desde cierto punto de vista, pero exigen más tiempo y son más onerosas. Esa cuestión se examina en los párrafos 39 a 41 del documento A/CN.9/WG.I/WP.35/Add.1, y el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar las diversas opciones y la manera de regularlas, por ejemplo, a título de orientación en la Guía.

32. Otra razón por la que la entidad adjudicadora tal vez no desee adjudicar un contrato al concursante ganador es que el precio u otros términos de la oferta sean tan favorables para la entidad que esta considere que el concursante no podrá cumplir el contrato en esos términos (véase también el documento A/CN.9/WG.I/WP.36). El Grupo de Trabajo decidió abordar la cuestión de las ofertas anormalmente bajas por separado (véanse también los documentos A/CN.9/575, párrafos 81 y 82, y A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, capítulo VI).

33. En el párrafo 7) del proyecto de artículo 47 *ter* se abordan los artículos de la Ley Modelo relacionados con las "ofertas". En la subasta electrónica, algunas de esas disposiciones son aplicables a las ofertas iniciales previstas en el apartado a) del párrafo 4 del proyecto de artículo 47 *bis* (es decir, las ofertas presentadas y evaluadas antes de la subasta propiamente dicha). Las disposiciones pertinentes son:

e) párrafo 1) del artículo 30 (determinación del lugar y de una fecha y una hora como plazo para la presentación de las ofertas);

f) párrafo 2) del artículo 30 (en que se exige a la entidad adjudicadora que prorrogue el plazo para la presentación de las ofertas cuando modifique los requisitos);

g) párrafo 3) del artículo 30 (prórroga del plazo para la presentación de las ofertas);

h) párrafo 6) del artículo 30 (en que se exige que las ofertas presentadas una vez vencido el plazo correspondiente se devuelvan sin abrir);

i) párrafo 1) del artículo 33 (apertura de las ofertas al vencer el plazo establecido);

j) apartado a) del párrafo 1) del artículo 34 (posibilidad de solicitar aclaraciones de las ofertas);

k) apartado b) del párrafo 1) del artículo 34 (normas sobre la corrección de errores);

l) párrafo 3) del artículo 34 (relativo a las ofertas que la entidad adjudicadora no puede aceptar); y

m) párrafo 2) del artículo 34, relativo a la conformidad de la oferta.

34. El Grupo de Trabajo tal vez desee que los artículos pertinentes enumerados *supra* se mencionen en el párrafo 7) del proyecto de artículo 47 *ter*, o que se modifique la referencia a las "ofertas" en las diversas disposiciones correspondientes. Si bien esto último serviría para aclarar la cuestión, dificultaría más la lectura de las disposiciones pertinentes en la mayoría de los casos en que no se utilizara un procedimiento de subasta. Otra posibilidad sería que en el párrafo 7) se dispusiera sencillamente que por el término "ofertas" se entenderá las ofertas iniciales, cuando proceda, y se enumeraran los artículos pertinentes en la Guía.

35. El Grupo de Trabajo tal vez desee que en la Guía se remita a los Estados promulgantes a la posibilidad de establecer procedimientos específicos en relación con las vías de recurso en el caso de la subasta electrónica inversa, por ejemplo, con respecto a la convocatoria, la exclusión de candidatos, la selección de los concursantes admitidos a una subasta de participación limitada, toda suspensión de la subasta, la clausura de la subasta y la adjudicación del contrato. El Grupo de Trabajo tal vez también desee especificar que en esos casos los períodos de reconsideración son más breves que los que rigen para otros métodos de contratación pública (normalmente 20 días, en virtud del artículo 52), por ejemplo, de 3 a 7 días, y si la subasta podrá reabrirse en esos casos. Esta cuestión se examina en los párrafos 46 y 47 del documento A/CN.9/WG.I/WP.35/Add.1.

4. Texto adicional propuesto para la Guía en relación con el nuevo artículo 47 *ter*

Artículo 47 ter. Subasta electrónica inversa - Desarrollo de la subasta propiamente dicha

1) Al comienzo de la subasta: a) los concursantes abren una pantalla ingresando a la dirección indicada en el anuncio o la convocatoria de la subasta, según sea el caso, para lo que se valdrán del número de identificación y del código personal que se les haya asignado a fin de poder participar en el procedimiento; b) se anuncia el objeto de la subasta (normalmente se describirán en la pantalla los artículos que sean objeto del contrato); c) se anuncia el reglamento de la subasta (entre otras cosas, la hora de apertura, la duración, la oferta mínima y el método de clausura), y d) la convocatoria a presentar ofertas se anuncia simultáneamente a todos los concursantes. Esos detalles pueden variar según la importancia y la complejidad de la contratación.

2) Los Estados promulgantes tal vez deseen estipular si solo se aceptarán ofertas en línea o si se podrán presentar ofertas por poder en el caso de que existan razones o dificultades técnicas que así lo exijan, si cada oferta cancelará la anterior, si cada oferta tendrá que ser necesariamente de valor

inferior al de la última oferta registrada por el sistema, si los participantes que no presentaron oferta alguna o no variaron sus ofertas según el incremento establecido serán excluidos y si los concursantes podrán retirarse en cualquier momento.

3) La revelación de información prevista en el apartado b) del párrafo 1) puede suscitar preocupación, ya que puede dar lugar a la notificación indebida de precios o a agravar el riesgo de colusión [*insértese orientación sobre la revelación de información, especialmente si debe revelarse el precio más bajo que se haya ofrecido en un momento dado - véase el párrafo 29* supra].

4) Los Estados promulgantes tal vez deseen impartir orientación con respecto a la manera de clausurar la subasta con arreglo al párrafo 2. El programa informático utilizado para la subasta puede ofrecer la posibilidad de clausurarla electrónicamente, o bien la entidad adjudicadora puede clausurarla, con las debidas salvaguardias para evitar el riesgo de abuso. En la disposición relativa a llevar un expediente del proceso de contratación en el que consten todas las decisiones adoptadas en el curso del procedimiento debe preverse que se incluyan detalles acerca de la manera en que se llegó a la decisión de clausurar la subasta*. Los hechos que pueden dar lugar a la clausura de la subasta son: a) la fecha y la hora establecidas de antemano que se comunicaron a los concursantes en la convocatoria; b) el hecho de que la entidad adjudicadora no reciba ya nuevos precios o nuevos valores que cumplan el requisito relativo al valor diferencial mínimo exigible entre dos ofertas sucesivas; c) se han agotado las etapas anunciadas en la convocatoria, y d) existen razones justificadas y objetivas para hacerlo (en cuyo caso han de darse a conocer las razones inmediatamente en el sitio web correspondiente). En la práctica, cuanto mayor sea el valor y la complejidad del contrato adjudicable, tanto más prolongada suele ser la duración normal de la subasta. Se ha observado que las subastas electrónicas inversas muy rara vez se clausuran al expirar un plazo predeterminado (denominado a veces "*hard close time*", u hora perentoria de clausura). Por lo común, la hora de clausura de una subasta electrónica inversa se prorrogará automáticamente durante un plazo determinado (por ejemplo, de cinco minutos) si en los últimos minutos (por ejemplo, dos minutos antes de la hora de clausura) se ha recibido una nueva oferta de precio más bajo o que altere el orden de las ofertas mejor puntuadas. Las prórrogas pueden ser continuas durante un período indefinido (lo que se denomina "*unlimited soft close*", o clausura indefinida) o limitado (por ejemplo, tres prórrogas de cinco minutos cada una, como máximo). Este proceso prosigue hasta que ya no se presente ninguna oferta de precio más bajo dentro del plazo fijado para la clausura [*insértese más orientación con respecto a la clausura de la subasta - véase el párrafo 30* supra].

---

* En la sección III.F del documento A/CN.9/WG.I/WP38/Add.1 se examina más a fondo el requisito del expediente del proceso de contratación que se ha de llevar con arreglo a lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley Modelo y la necesidad de que cada decisión que se adopte a lo largo del proceso se pueda verificar y ubicar (y de que el procesamiento automático de datos o los cálculos que se hagan por esa vía puedan reconstituirse).

5) En el apartado c) del párrafo 2) se protege la anonimidad de los concursantes antes de la clausura de la subasta [*insértese orientación con respecto a los párrafos 2) y 3) del artículo 33 - véase el párrafo 28* supra].

6) En lo que respecta al párrafo 3), y para prevenirse contra posibles abusos, toda decisión de suspender una subasta y las razones para hacerlo deberían constar en el expediente del proceso de contratación*. De modo análogo, el párrafo 4 tiene por objeto evitar el riesgo de abuso si se ha permitido que la entidad adjudicadora y los concursantes se comuniquen entre sí.

7) La expresión "oferta ganadora" utilizada en el párrafo 5 es la misma que se utiliza en el apartado b) del párrafo 4) del artículo 34: se entiende que es la oferta elegida al final de un proceso normal de contratación pública. Los Estados promulgantes tal vez deseen que en el reglamento se exija dar a conocer el nombre del concursante ganador inmediatamente después de la clausura de la subasta en la dirección de Internet indicada en la convocatoria y se precise el contenido del anuncio de la oferta ganadora, lo que abarca la identidad y otros datos del concursante ganador y el precio de la oferta ganadora.

---

* En los párrafos 45 y 46 del documento A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1 se examina más a fondo el requisito del expediente del proceso de contratación que se ha de llevar con arreglo a lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley Modelo y la necesidad de que toda decisión que se adopte a lo largo del proceso se pueda verificar y ubicar.

A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1

Posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: textos normativos propuestos en relación con el empleo de la subasta electrónica inversa y con las ofertas anormalmente bajas en la contratación pública

ADICIÓN

[Los capítulos I a IV están publicados en el documento A/CN.9/WG.I/WP.40]

ÍNDICE

Párrafos

V. Proyectos de disposición para dar acceso a la subasta electrónica inversa en la adjudicación del contrato con arreglo al régimen de la Ley Modelo 1-20

A. Enmiendas que se sugiere introducir en ciertos artículos del texto de 1994 para autorizar el empleo de la subasta electrónica inversa en la contratación pública 1-20

1. Observaciones generales 1-2

2. Revisión propuesta del artículo 11 de la Ley Modelo, concerniente al expediente del proceso de contratación 3

3. Revisión propuesta del artículo 18 de la Ley Modelo, concerniente a los métodos de contratación 4-5

4. Revisiones propuestas del artículo 25 de la Ley Modelo, para disponer que en la convocatoria a licitación y en la convocatoria a precalificación se indique si se efectuará una subasta electrónica inversa 6

5. Revisiones propuestas del artículo 27 para exigir que la entidad adjudicadora facilite toda la información pertinente en el pliego de condiciones. 7-8

6. Revisiones propuestas del artículo 28 de la Ley Modelo, concernientes a las aclaraciones y modificaciones del pliego de condiciones 9-11

7. Revisiones propuestas del artículo 31 de la Ley Modelo, concerniente al plazo de validez de las ofertas: modificación y retirada de las ofertas, y del artículo 32 de la Ley Modelo, concerniente a las garantías de la oferta. . . 12-13

8. Revisiones propuestas del artículo 34 1) de la Ley Modelo, concernientes al examen, evaluación y comparación de las ofertas. 14-15

9. Revisiones propuestas del artículo 34 8) de la Ley Modelo, para permitir que cierta información sea revelada en el curso de una subasta electrónica inversa 16-17

10. Otras cuestiones que deberán resolverse en algún reglamento de la contratación o en la Guía. 18-20

VI. Ofertas anormalmente bajas 21-29

A. Revisiones propuestas del artículo 34. Examen, evaluación y comparación de las ofertas. 23-29

11. Adiciones propuestas para su inclusión en el artículo 34 con miras a facilitar la investigación y desestimación de ofertas anormalmente bajas. 23-26

12. Revisiones propuestas para el texto de la Guía respecto del artículo 34, a fin de disponer la investigación y desestimación de ofertas anormalmente bajas 27-29

V. Proyectos de disposición para dar acceso a la subasta electrónica inversa en la adjudicación del contrato con arreglo al régimen de la Ley Modelo

A. Enmiendas que se sugiere introducir en ciertos artículos del texto de 1994 para autorizar el empleo de la subasta electrónica inversa en la contratación pública

1. Observaciones generales

1. El Grupo de Trabajo puede que estime necesario introducir los siguientes cambios en el texto de la Ley Modelo para facilitar el empleo de la subasta electrónica inversa en la contratación pública, en el supuesto de que el Grupo de Trabajo decida incluir los proyectos de artículo 19 *bis* y 47 *bis* y *ter* en el texto revisado de la Ley Modelo (el texto propuesto para dichos artículos y su comentario pueden verse en A/CN.9/WG.I/WP.40).

2. El texto de algunas disposiciones de la Ley Modelo de 1994 puede verse reproducido a continuación (en caracteres normales) a fin de facilitar las deliberaciones del Grupo de Trabajo y todo texto adicional propuesto en la presente nota irá subrayado, siempre que se sugiera alguna adición al texto actual de la Ley Modelo.

2. Revisión propuesta del artículo 11 de la Ley Modelo, concerniente al expediente del proceso de contratación

3. El Grupo de Trabajo tal vez desee incluir, en la lista de la información de la que debe dejarse constancia en el expediente con arreglo al artículo 11 (expediente del proceso de contratación), el hecho de que la contratación se haya llevado a cabo por medio de una subasta electrónica inversa, con una mención redactada como sigue:

Artículo 11. Expediente del proceso de contratación

1) La entidad adjudicadora llevará un expediente del proceso de contratación en que conste, por lo menos, la siguiente información:

...

i) *bis*. En todo proceso de adjudicación en el que se utilice un método de contratación previsto en el artículo 19 *bis*, el hecho de que se efectúo una subasta electrónica inversa.

3. Revisión propuesta del artículo 18 de la Ley Modelo, concerniente a los métodos de contratación

4. El artículo 18 enuncia los métodos de que dispondrá la entidad adjudicadora para ciertas categorías de contratos, y el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si debe hacerse en el párrafo 2) de ese artículo una referencia al artículo por el que se autoriza el recurso a la subasta electrónica inversa formulada como sigue:

Artículo 18. Métodos de contratación

1) Salvo que se disponga otra cosa en el presente capítulo, la entidad adjudicadora que desee adjudicar un contrato de bienes o de obras deberá hacerlo mediante convocatoria a licitación.

2) Para la contratación de bienes o de obras, la entidad adjudicadora solo podrá aplicar un método de contratación pública distinto de la licitación de poderlo hacer a tenor de lo dispuesto en los artículo 19, 19 *bis*, 20, 21, 22.

5. El párrafo 3) del artículo 18 de la Ley Modelo permitiría el recurso a la subasta electrónica inversa para la contratación de servicios, si bien el Grupo de Trabajo tal vez desee que se haga una declaración en dicho sentido en la Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno.

4. Revisiones propuestas del artículo 25 de la Ley Modelo para disponer que en la convocatoria a licitación y en la convocatoria a precalificación se indique si se efectuará una subasta electrónica inversa

6. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si se debe exigir a la entidad adjudicadora que indique en la convocatoria a licitación, o en la convocatoria a precalificación, que se va a recurrir al método de la subasta electrónica inversa como condición previa para la utilización de dicho método. Con ello se estaría salvaguardando la transparencia del proceso de adjudicación.

Artículo 25. Contenido de la convocatoria a licitación o a precalificación

1) La convocatoria a licitación contendrá, por lo menos, la información siguiente:

...

d) *bis*. El hecho de que la licitación se vaya a efectuar por medio de una subasta electrónica inversa conforme a lo previsto en el artículo 47 *bis* y *ter*[a];

...

---

[a] Véase el texto sugerido para el artículo 47 *bis* y *ter* en cap. IV de A/CN.9/WG.1/WP.40.

j) El lugar y el plazo para la presentación de ofertas o, cuando el proceso de licitación vaya a estructurarse en forma de una subasta electrónica inversa, conforme a lo previsto en el artículo 47 *bis* y *ter*, la fecha y la hora de la apertura de la subasta electrónica inversa.

5. Revisiones propuestas del artículo 27 para exigir que la entidad adjudicadora facilite toda la información pertinente en el pliego de condiciones

7. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si se debe exigir a la entidad adjudicadora que facilite en el pliego de condiciones toda información que sea del caso para que los proveedores y contratistas puedan decidir si desean participar o no en la subasta o si debe darse a la entidad adjudicadora la posibilidad de facilitar esa información en la convocatoria a participar en la subasta electrónica inversa prevista en el texto sugerido del proyecto de artículo 47 *bis*. Conforme se observa en el capítulo IV del documento A/CN.9/WG.I/WP.40 respecto al curso previsto de la subasta, el Grupo de Trabajo tal vez desee decidir si procede que la información que ha de facilitarse en una subasta electrónica inversa deberá estar regulada en la Ley Modelo o en algún reglamento, insertándose, en la Guía, el comentario que proceda en cada caso. El texto sugerido a continuación está en forma de un artículo de la Ley Modelo, pero cabría formular el texto de los apartados n) i) a n) ix) como reglas de algún reglamento dictado a tenor de la obligación enunciada en la Ley Modelo de que se facilite toda la información necesaria para que el proveedor o contratista pueda decidir si desea participar en la subasta. La información considerada será la misma que la que se sugiere respecto de la convocatoria a participar en una subasta electrónica inversa con arreglo al proyecto de artículo 47 *bis*. Los pormenores de la información que ha de facilitarse podrán ser enunciados en un reglamento o en la orientación impartida, según sea el caso.

Artículo 27. Contenido del pliego de condiciones

27. El pliego de condiciones contendrá, por lo menos, la siguiente información:

...

n) *bis*. Cuando el proceso de licitación se estructure en forma de una subasta electrónica inversa, con arreglo al artículo 47 *bis*, una declaración que así lo indique, y:

[i) La fecha y hora de la apertura de la subasta electrónica inversa;

ii) La dirección en Internet en donde tendrá lugar la subasta electrónica inversa, y en donde podrá accederse al reglamento de la subasta, a la oferta y a todo otro documento que sea del caso;

iii) Los requisitos de inscripción y para la identificación de todo ofertante con ocasión de la apertura de la subasta;

iv) Todo elemento constitutivo de la oferta que sea objeto de la subasta;

v) Si el contrato se ha de adjudicar a la oferta evaluada como más baja, la fórmula que se utilizará para cuantificar todo otro elemento constitutivo de la oferta, distinto del precio, que sea objeto de la subasta. Dicha fórmula deberá

enunciar el coeficiente de ponderación de todo criterio utilizable para determinar la oferta evaluada como más baja;

vi) La información que se facilitará a los concursantes en el curso de la subasta y, si procede, la manera y el momento en el que se facilitará esa información;

vii) Toda información de interés que concierna al propio curso de la subasta, así como todo dato que sirva para la identificación del proceso de adjudicación y los requisitos técnicos del equipo o de la tecnología informática que vaya a utilizarse, así como si la subasta se ha de desarrollar en una o más etapas (en cuyo caso, deberá indicarse el número de etapas y la duración de cada una);

viii) Las condiciones en las que los concursantes podrán presentar su oferta y en particular toda diferencia mínima en el precio o en algún otro elemento constitutivo de la oferta que [se haya de introducir para poder presentar una nueva oferta] [suponga una mejora que justifique que una nueva presentación de su oferta en el curso de una misma subasta] [y el tiempo que la entidad adjudicadora ha de dejar pasar, tras recibir la última oferta, antes de poder declarar clausurada la subasta];

ix) Toda información de interés concerniente al equipo electrónico utilizable y a los procedimientos y especificaciones técnicas utilizables para la conexión;

x)] [Toda [otra] información requerida para que el proveedor o contratista pueda participar en la subasta. [El reglamento de la contratación pública podrá prescribir la información que ha de facilitarse al respecto.]

8. En los párrafos 16 a 18 del documento A/CN.9/WG.I/WP.35/Add.1 se describen otras disposiciones equivalentes que aparecen en los regímenes de la contratación pública actuales.

6. Revisiones propuestas del artículo 28 de la Ley Modelo, concernientes a las aclaraciones y modificaciones del pliego de condiciones

9. El artículo 28 2) permite que la entidad adjudicadora modifique, en cualquier momento, el pliego de condiciones antes de que venza el plazo para la presentación de las ofertas. Ahora bien, en el contexto de una subasta electrónica inversa, pese a que tal vez proceda permitir enmiendas antes de que se presenten las ofertas iniciales (previstas en el artículo 47 *bis* 3)), cabría prohibir toda modificación ulterior a dicho trámite y anterior a la apertura de la subasta, dada las dificultades prácticas y los gastos que esas modificaciones ocasionarían a los contratistas y proveedores.

10. En el párrafo 19 de A/CN.9/WG.I/WP.35/Add.1 se describen algunas disposiciones equivalentes que pueden verse en regímenes actuales de la contratación pública.

11. Si el Grupo de Trabajo considera que el pliego de condiciones no debe ser revisado con posterioridad a la presentación de ofertas iniciales, cabría modificar el texto del artículo 28 2) para que dijera:

Artículo 28. Aclaraciones y modificaciones del pliego de condiciones

...

2) En cualquier momento antes de que venza el plazo para la presentación de ofertas, o para la presentación de ofertas iniciales en el supuesto de una subasta electrónica inversa que se rija por el artículo 47 *bis*, la entidad adjudicadora podrá, por cualquier motivo, ...

7. Revisiones propuestas del artículo 31 de la Ley Modelo, concerniente al plazo de validez de las ofertas: modificación y retirada de las ofertas, y del artículo 32 de la Ley Modelo, concerniente a las garantías de la oferta

12. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar alguna enmienda de las reglas relativas a la modificación y retirada de las ofertas en lo concerniente a la oferta inicial presentada con anterioridad a la apertura de la subasta. El artículo 31 de la Ley Modelo dice que las ofertas tendrán validez durante el período indicado en el pliego de condiciones, lo que resultaría adecuado para la subasta electrónica inversa, dado que será la entidad adjudicadora la que señalará el período de validez. Ahora bien, el artículo 31 3) dispone que toda oferta podrá ser retirada antes de que venza el plazo para presentarla. Respecto de la subasta electrónica inversa, tal vez el Grupo de Trabajo estime oportuno que se permita que los concursantes retiren su oferta con anterioridad al término del plazo fijado para la presentación de ofertas iniciales, pero no una vez vencido dicho plazo. Cabría por ello introducir algún cambio a dicho respecto en el párrafo 3) del artículo 31, en donde se permite la retirada o modificación de una garantía de la oferta con anterioridad al término del plazo para la presentación de ofertas sin pérdida subsiguiente de la garantía de la oferta, junto con algún comentario adecuado en la Guía.

Artículo 31. Plazo de validez de las ofertas: modificación y retirada de las ofertas

...

3) A menos que en el pliego de condiciones se estipule otra cosa, el proveedor o contratista podrá modificar o retirar su oferta, o su oferta inicial en el supuesto de una subasta electrónica inversa que se rija por el artículo 47 *bis* y 47 *ter*, sin perder por ello su garantía de la oferta.

13. Cabría, por ello, introducir en el texto del artículo 32 1) (que menciona la retirada de una oferta antes del vencimiento del plazo para la presentación de ofertas como una de las finalidades permisibles de una garantía de la oferta), y en el artículo 32 2) d) (que prevé el retorno de la garantía de la oferta si la oferta se retira antes del término del plazo para la presentación de ofertas) que podrían formularse en términos como los que se indiquen a continuación, junto con el comentario adecuado en la Guía.

Artículo 32. Garantía de la oferta

...

1 f) i) La retirada o la modificación de una oferta una vez vencido el plazo para la presentación de ofertas, o la retirada de modificación de una oferta inicial en el supuesto de una subasta electrónica interna que se rija por los artículos 47 *bis* y 47 *ter*, efectuada antes de que venza ese plazo, si así se estipula en el pliego de condiciones;

...

2) d) La retirada de la oferta antes de que venza el plazo para la presentación de ofertas, o de una oferta inicial en el supuesto de una subasta electrónica inversa que se rija por el artículo 47 *bis*, salvo que el pliego de condiciones estipule que esa retirada no es permisible.

8. Revisiones propuestas del artículo 34 1) de la Ley Modelo, concernientes al examen, evaluación y comparación de las ofertas

14. El texto del artículo 34 1) a) de la Ley Modelo dice:

Artículo 34. Examen, evaluación y comparación de las ofertas

1) a) La entidad adjudicadora, para facilitar el examen, la evaluación y la comparación de las ofertas, podrá solicitar que cualquier proveedor o contratista aclare la suya. No se solicitará, ofrecerá ni autorizará modificación alguna en cuanto al fondo de la oferta presentada, como pudiera ser una modificación del precio o una modificación que tienda a hacer conforme una oferta que no lo sea;

15. La última oración del apartado a) dispone, por ello, que no se solicitará, ofrecerá ni permitirá, en el curso de la evaluación de las ofertas, ningún cambio en cuanto al fondo de la oferta. Dado que las ofertas se modifican continuamente en el curso de una subasta electrónica inversa, esta disposición sería incompatible con el curso normal de una subasta. Ahora bien, esta disposición sigue siendo pertinente respecto de todo otro componente o elemento constitutivo de la oferta que no sea objeto de la subasta. El Grupo de Trabajo tal vez desee adaptar esta disposición al régimen propio de una subasta, insertando el texto que se indica a continuación al final de la oración:

No se solicitará, ofrecerá ni autorizará modificación alguna en cuanto al fondo de la oferta presentada, como pudiera ser una modificación del precio o una modificación que tienda a hacer conforme una oferta que no lo sea, salvo en la medida en que algunos de los elementos constitutivos de la oferta sean objeto de una subasta electrónica inversa con arreglo al artículo 47 *bis* y 47 *ter*.

9. Revisiones propuestas del artículo 34 8) de la Ley Modelo, para permitir que cierta información sea revelada en el curso de una subasta electrónica inversa

16. El texto del artículo 34 8) dice:

8) A reserva de lo dispuesto en el artículo 11, no se revelará información alguna relativa al examen, la aclaración, la evaluación o la comparación de ofertas a los proveedores o contratistas ni a

ninguna otra persona que no haya intervenido oficialmente en el examen, la evaluación o la comparación de las ofertas, o en la determinación de la oferta ganadora.

17. Ahora bien, la propia índole de la subasta exige que se revele, en el curso de la misma, información sobre las demás ofertas (si bien no la identidad de los ofertantes, conforme se indica en el proyecto de artículo 47 *ter* 2) c) que figura en el capítulo IV de A/CN.9/WG.I/WP.40), por lo que toda regla aplicable a la subasta deberá prever una excepción respecto de cierta categoría de información, que cabría formular insertando en el artículo 34 8) las palabras "y en el artículo 47 *ter* 2 c)" al final de la salvedad inicial formulada en el párrafo 8) de dicho artículo, inmediatamente a continuación de las palabras "en el artículo". En los párrafos 30 a 33 de A/CN.9/WG.I/WP.35/Add.1 se describen algunas disposiciones equivalentes existentes en otros regímenes de la contratación pública.

10. Otras cuestiones que deberán resolverse en algún reglamento de la contratación o en la Guía

18. El Grupo de Trabajo tal vez desee abordar en mayor detalle algunas otras cuestiones concernientes a la subasta ya sea en el reglamento o en la orientación que se imparta en la Guía. Por ejemplo, dada la novedad de este método de contratación, tal vez proceda que la Guía imparta cierta orientación sobre cuándo debe recurrirse a este método y la manera de utilizarlo en el marco de la Ley Modelo (véanse los requisitos para el empleo de este método en el capítulo III de A/CN.9/WG.I/WP.40).

19. A la luz de la inquietud expresada por el Grupo de Trabajo de que tal vez surjan prácticas de contratación divergentes e incompatibles con los principios enunciados en la Ley Modelo (A/CN.9/575, párr. 61), el Grupo de Trabajo tal vez desee que se imparta orientación más detallada que la habitual en la Guía, sobre ciertas cuestiones de procedimiento. Por ejemplo, sobre la necesidad de adiestrar a los proveedores mediante la técnica de la subasta simulada, los posibles conflictos de interés a que puede dar lugar el recurso a agencias de contratación comerciales o centralizadas, etc.

20. Además, tal vez se haya de impartir orientación sobre la manera de resolver ciertos problemas técnicos en el curso de la subasta, como pudiera ser el de cualquier avería o la desconexión de alguno de los proveedores o de la propia entidad adjudicadora. Existen diversas soluciones posibles: por ejemplo, prever un servicio para que todo proveedor que tenga algún problema pueda comunicarse por teléfono o facultando a la entidad adjudicadora para aplazar provisionalmente la subasta o prorrogarla (véase, por ejemplo, el régimen brasileño examinado en el párr. 30 de A/CN.9/WG.I/WP.35/Add.1). El artículo 30 3) de la Ley Modelo otorga, con carácter general, cierta discrecionalidad para prorrogar el plazo para la presentación de ofertas, que sería aplicable a la subasta, sin necesidad de enmienda alguna. El Grupo de Trabajo tal vez desee regular esta cuestión con más detalle o que se exija que esa decisión y su motivación sean consignadas en el expediente del proceso de adjudicación (véase sección III.F de A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1).

VI. Ofertas anormalmente bajas

21. El Grupo de Trabajo ha decidido abordar la problemática de las ofertas anormalmente bajas como cuestión aparte (véase A/CN.9/575, párrs. 81 y 82 y A/CN.9/WG.I/WP.40, párr. 31). En su séptimo período de sesiones, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que le presentara algunas sugerencias textuales para regular esta cuestión (A/CN.9/575, párrs. 76 y 79 a 82). Por oferta anormalmente baja se entiende toda oferta que suponga un riesgo de que el ofertante no pueda cumplir el contrato [al precio ofrecido] ... o que haya de hacerlo recurriendo a mano de obra o materiales de calidad inferior o incurriendo en pérdidas ... esta oferta puede ser además indicio de colusión entre los ofertantes (A/CN.9/WG.V/WP.22).

22. En su séptimo período de sesiones, el Grupo de Trabajo decidió que se enmendara la Ley Modelo con miras a facultar a la entidad adjudicadora a investigar toda oferta que se presuma anormalmente baja, exigiendo que el ofertante justifique su precio.

A. Revisiones propuestas del artículo 34. Examen, evaluación y comparación de las ofertas

11. Adiciones propuestas para su inclusión en el artículo 34 con miras a facilitar la investigación y desestimación de ofertas anormalmente bajas

23. Cabe presumir que una oferta sea anormalmente baja a la luz de las calificaciones del proveedor o contenido de la oferta, por lo que tal vez el Grupo de Trabajo desee comenzar por examinar la siguiente adición sugerida para el artículo 34 4) b) de la Ley Modelo:

> *Artículo 34. Examen, evaluación y comparación de ofertas*
>
> ...
>
> 4) b) La oferta ganadora será la presentada por un proveedor que haya sido declarado plenamente apto para cumplir el contrato y cuya oferta sea:
>
> > i) Aquélla cuyo precio sea más bajo, a reserva de cualquier margen de preferencia que sea aplicable de conformidad con el apartado d) del presente párrafo; o ...

24. Ahora bien, el Grupo de Trabajo ha expresado el parecer de que esta disposición no bastaría para responder a las inquietudes suscitadas por las ofertas anormalmente bajas (A/CN.9/575, párr. 80), por lo que sería preciso insertar alguna otra regla en el artículo 34 e impartir orientación complementaria en la Guía.

25. A este respecto, el Grupo de Trabajo ha pedido a la Secretaría que sugiera un texto que se insertaría en forma de un nuevo apartado d) *bis* del artículo 34 3) o en algún otro lugar a fin de facultar a la entidad adjudicadora para rechazar toda oferta cuyo precio sea anormalmente bajo y dé lugar a alguna inquietud justificada sobre la aptitud de un ofertante para cumplir un contrato (A/CN.9/575, párr. 79). El Grupo de Trabajo observó asimismo que todo rechazo de una oferta por dicho motivo debe estar supeditado a dos condiciones. En primer lugar, que se haya dado al ofertante la oportunidad de justificar su precio y, en segundo lugar, que se consigne en el

expediente del proceso de adjudicación la motivación del rechazo de esa oferta, a fin de que todo recurso presentado frente a dicho rechazo pueda ser examinado a la luz de los motivos consignados en el expediente.

26. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar el siguiente proyecto de texto para su inclusión en la Ley Modelo:

Artículo 34. Examen, evaluación y comparación de las ofertas

...

3) La entidad adjudicadora no aceptará una oferta:

...

d) *bis*. Cuando el precio de la oferta sea anormalmente bajo en relación a los bienes, las obras o los servicios que sean objeto del contrato adjudicado, por lo que suscite inquietud respecto de la aptitud del ofertante para cumplir el contrato, con tal de que:

i) La entidad adjudicadora haya solicitado por escrito, de conformidad con el artículo 34 1) a), que se le den detalles de todo elemento constitutivo del precio que suscite inquietud acerca de la aptitud del ofertante para cumplir el contrato;

ii) La entidad adjudicadora haya tenido en cuenta la información facilitada, pero siga abrigando inquietud al respecto; y

iii) La entidad adjudicadora haya consignado en el expediente del proceso de adjudicación, que se ha de llevar con arreglo al artículo 11, las inquietudes que abriga acerca de la aptitud del ofertante para cumplir el contrato y los motivos que dan lugar a inquietud, así como toda comunicación intercambiada entre la entidad adjudicadora y el ofertante al respecto.

12. Revisiones propuestas para el texto de la Guía respecto del artículo 34, a fin de disponer la investigación y desestimación de ofertas anormalmente bajas

27. En primer lugar, conforme a las instrucciones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/575, párr. 79), cabría enmendar el texto del párrafo 1 de la Guía concerniente al artículo 34 1) a) suprimiendo la indicación de que no debe utilizarse la facultad otorgada a la entidad adjudicadora para pedir aclaraciones respecto de un precio que se sospeche anormalmente bajo, lo que dejaría el texto como sigue:

1) El párrafo 1) faculta a la entidad adjudicadora para pedir aclaraciones a los proveedores y contratistas acerca de sus ofertas, a fin de facilitar su examen, evaluación y comparación, pero dejando bien claro que ello no deberá ser ocasión para modificar el contenido de las ofertas. ~~El párrafo 1) b) autoriza la corrección de un simple error aritmético, pero no dar un precio normalmente bajo que se sospeche sea debido a algún malentendido ni la de ningún otro error no manifiesto de la oferta.~~

28. Cabría incluir algún comentario adicional como el siguiente:

1) *bis*. Podrá pedirse una aclaración, conforme al párrafo 1) b), en todo supuesto en el que la entidad adjudicadora sospeche que se ha ofrecido un precio anormalmente bajo, tal vez debido a algún malentendido o algún error no manifiesto en el texto de la oferta. Se presumirá que el precio de una oferta es anormalmente bajo si parece irreal. Es decir, si el precio es inferior al costo presumible, o si se estima que no será viable cumplir el contrato al precio ofrecido con el margen de ganancia que sea normal. Desde la perspectiva de la entidad adjudicadora todo precio anormalmente bajo supone un riesgo de que el contrato no se cumpla, o que no se cumpla en el marco del precio ofrecido, por lo que cabe prever que el proyecto adolezca de gastos o demoras adicionales. La entidad adjudicadora debe por ello tomar medidas para evitar que se corra ese riesgo de incumplimiento total o parcial.

1) *ter* Cuando se sospeche que una oferta es anormalmente baja, la entidad adjudicadora deberá permitir que el proveedor o contratista justifique el precio ofrecido, pidiéndole por escrito detalles de los elementos constitutivos de la oferta que la entidad adjudicadora considere importantes. Entre esos detalles cabe señalar:

a) Los métodos y la economía del proceso de fabricación de los bienes o de las obras efectuadas o de los servicios prestados;

b) Las soluciones técnicas seleccionadas, así como toda condición excepcionalmente favorable de que disponga el ofertante para la ejecución de las obras o para el suministro de los bienes o servicios;

c) La originalidad de las obras, suministros o servicios facilitados por el ofertante.

1) *quater*. La entidad adjudicadora deberá tener en cuenta la respuesta obtenida al evaluar las ofertas. Toda entidad adjudicadora podrá exigir una justificación del precio de todo contrato que se vaya a adjudicar, aun cuando el método utilizado para la adjudicación sea una subasta electrónica inversa (que podrá ser suspendida para dicho trámite), y la entidad adjudicadora deberá consignar toda la información que sea del caso en el expediente que ha de llevar del proceso de adjudicación con arreglo al artículo 11. La entidad adjudicadora solo podrá rechazar una oferta, por considerarla anormalmente baja, con arreglo al artículo [3 3) d) *bis*] si se ha dado al ofertante la posibilidad de justificarlo y la información justificativa facilitada no ha dado respuesta cumplida a las inquietudes de la entidad adjudicadora.

1) *quinquies*. Cabe también que el Estado promulgante desee adoptar total o parcialmente las siguientes medidas para prevenir una oferta anormalmente baja:

a) Dar mejor a conocer los efectos nocivos de una oferta anormalmente baja, informando al respecto al personal encargado de la contratación pública y facilitando a la entidad adjudicadora todo recurso o información que sea del caso, así como, a ser posible, precios de referencia o del mercado;

b) Insistir en que se preste la debida atención en el proceso de adjudicación al precio y a los demás criterios de valoración;

c) Prever un margen de tiempo suficiente para cada una de las etapas del proceso de adjudicación;

d) Definir criterios de calificación eficaces, autorizando que se recabe información exacta y completa sobre las calificaciones y el historial profesional de cada ofertante;

e) Insistir en que el pliego de condiciones sea redactado con toda la claridad posible, invitando, siempre que proceda, a los eventuales proveedores a participar en la preparación de ese documento;

f) Procurar que se inserte en el pliego de condiciones una declaración por la que se exonere a la entidad adjudicadora de toda obligación de tener que aceptar cualquier oferta, ya sea por razón de que su precio sea el más bajo o por toda otra razón, y facultando a la entidad adjudicadora para efectuar todo análisis que estime oportuno del riesgo de incumplimiento del contrato imputable al precio ofrecido o a cualquier criterio de aptitud profesional;

g) Exigir que se haga una evaluación a fondo de las calificaciones del proveedor y de las condiciones de la oferta, particularmente todo análisis del riesgo o del precio que proceda (sin olvidarse de los gastos eventuales de mantenimiento y sustitución, cuando así proceda);

h) Exigir que se justifique el precio ofrecido conforme se describe en el anterior párrafo [se hará aquí remisión al párrafo concerniente a la justificación del precio], cuando se sospeche que el precio ofrecido es anormalmente bajo;

i) Reglamentar todo factor que la entidad adjudicadora podrá tener en cuenta al evaluar las respuestas de un proveedor a una solicitud de que justifique su precio;

j) Reforzar toda prohibición general existente contra el recurso a la negociación con posterioridad a la licitación, y restringir toda otra negociación, según proceda; y

k) Exigir que toda medida adoptada para responder al riesgo de una oferta anormalmente baja quede reflejada en el expediente del proceso de adjudicación.

29. En segundo lugar, cabe señalar al Grupo de Trabajo que algunas de las precauciones indicadas en el párrafo anterior se refieren a etapas del ciclo de contratación que la Ley Modelo actual no regula, como sería la etapa de planificación o de preparación del proceso de adjudicación. Si el Grupo de Trabajo estima oportuno que se prepare un comentario sobre esa etapa, tal vez desee además, para equilibrar mejor el texto, que se comente también la fase de administración del contrato, particularmente en lo concerniente a la fijación de límites para toda variación eventual del contrato adjudicado, exigiendo, por ejemplo, que se observen estrictamente las especificaciones enunciadas en el pliego de condiciones, así como ocupándose de lo concerniente a las relaciones con los contratistas y subcontratistas y de la disponibilidad de alguna vía adecuada para la

solución de controversias para el supuesto de que sea necesario rescindir el contrato o despedir algún contratista. No existe en el texto actual de la Ley Modelo ningún artículo al que quepa en principio adjuntar ese comentario, pero dado que esta problemática guarde relación con lo anteriormente examinado, tal vez proceda adjuntar ese comentario al texto actual de la Guía concerniente al actual artículo 34 de la Ley Modelo. La cuestión de índole más general de si procede regular en la Ley Modelo la fase de administración del contrato ha sido examinada con mayor detalle en los párrafos 12 y 13 del documento A/CN.9/WG.I/WP.38.

E. Informe del Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) sobre la labor de su noveno período de sesiones (Nueva York, 24 a 28 de abril de 2006)

(A/CN.9/595) [Original: inglés]

ÍNDICE

Párrafos

I. Introducción 1-2

II. Organización del período de sesiones 3-8

III. Deliberaciones y decisiones 9-10

IV. Examen de las propuestas para la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios 11-111

A. El empleo de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública (A/CN.9/WG.I/WP.42 y Add.1) 11-86

1. Equivalencia funcional de todos los métodos de comunicar, publicar, intercambiar o archivar información o documentos 11-22

2. Normas de accesibilidad 23-38

3. Formas de las comunicaciones 39-46

4. Validez jurídica de un contrato adjudicado por vía electrónica 47-48

5. Obligación de llevar un expediente del proceso de adjudicación 49-51

6. Presentación por vía electrónica de las ofertas, propuestas y cotizaciones 52-63

7. Apertura de ofertas presentadas por vía electrónica 64-65

8. Publicación electrónica de información concerniente a la contratación pública 66-79

9. Cuestiones pendientes 80-86

B. Proyectos de disposición para facultar el recurso a la subasta electrónica inversa en el marco de la Ley Modelo (A/CN.9/WG.I/WP.43) 87-111

1. Observaciones generales 87-94

2. Condiciones para el empleo de la subasta electrónica inversa 95-104

3. Procedimientos durante el período anterior a la subasta 105-111

I. Introducción

1. En su 37º período de sesiones, celebrado en 2004, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante la "Comisión") encomendó a su Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) que elaborase propuestas para la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios de 1994 (en adelante la "Ley Modelo", A/49/17 y Corr.1, anexo I). Se confirió un mandato flexible al Grupo de Trabajo a fin de que determinara las cuestiones que procedería examinar en el curso de su labor, con miras sobre todo a facilitar la admisión de nuevas prácticas en la contratación pública, particularmente las dimanantes del empleo de las comunicaciones electrónicas (A/59/17, párrafo 82). El Grupo de Trabajo inició su labor en su sexto período de sesiones (Viena, 30 de agosto a 3 de septiembre de 2004) (A/CN.9/568). Para los informes del Grupo de Trabajo sobre la labor de sus períodos de sesiones sexto a octavo, véanse A/CN.9/568, A/CN.9/575 y A/CN.9/590.

2. En su 38º período de sesiones, celebrado en 2005, la Comisión felicitó al Grupo de Trabajo por los avances realizados en su labor, y reafirmó su apoyo al nuevo estudio en curso y a la inclusión de prácticas de contratación novedosas en la Ley Modelo (A/60/17, párr. 172).

II. Organización del período de sesiones

3. El Grupo de Trabajo, integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su noveno período de sesiones en Nueva York del 24 al 28 de abril de 2006. Asistieron a las sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argelia, Austria, Belarús, Camerún, Canadá, Chile, China, Colombia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, Guatemala, Irán (República Islámica del), Jordania, Kenya, Lituania, Madagascar, México, Pakistán, Qatar, República Checa, República de Corea, Singapur, Sri Lanka, Suecia, Tailandia, Túnez, Turquía, Uganda y Uruguay.

4. Asistieron a las sesiones observadores de los siguientes Estados: Bolivia, Cabo Verde, El Salvador, Filipinas, Indonesia, Malí y la República Democrática del Congo.

5. Asistieron también a las sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales:

a) *Sistema de las Naciones Unidas*: Secretaría de las Naciones Unidas y Banco Mundial;

b) *Organizaciones intergubernamentales*: Agencia Espacial Europea (ESA), Banco Africano de Desarrollo (BAfD), Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Comisión Europea, Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (CEDEAO) y Organización Mundial del Comercio (OMC);

c) *Organizaciones no gubernamentales internacionales invitadas por la Comisión*: Asociación Europea de Estudiantes de Derecho (ELSA), Asociación Internacional de Abogados e Instituto de Derecho Internacional.

6. El Grupo de Trabajo eligió a las siguientes personas para integrar su Mesa:

Presidente: Sr. Stephen R. KARANGIZI (Uganda)

Relator: Sr. Gonzalo SUÁREZ BELTRÁN (Colombia).

7. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición los siguientes documentos:

a) Programa provisional anotado (A/CN.9/WG.I/WP.41);

b) Una nota concerniente al empleo de la vía electrónica para intercambiar comunicaciones electrónicas y publicar información en el marco del proceso de contratación pública (A/CN.9/WG.I/WP. 42 y Add.1);

c) Una nota referente a las subastas electrónicas inversas y a las ofertas anormalmente bajas (A/CN.9/WG.I/WP.43 y Add.1);

d) Un estudio comparativo de los acuerdos marco (A/CN.9/WG.I/WP.44 y Add.1); y

e) Una nota concerniente a las listas de proveedores (A/CN.9/WG.I/WP.45 y Add.1).

8. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Apertura del período de sesiones.
2. Elección de la Mesa.
3. Aprobación del programa.
4. Examen de las propuestas para la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios.
5. Otros asuntos.
6. Aprobación del informe del Grupo de Trabajo.

III. Deliberaciones y decisiones

9. En su noveno período de sesiones, el Grupo de Trabajo prosiguió su labor encaminada a la preparación de propuestas para la revisión de la Ley Modelo. El Grupo de Trabajo se valió para sus deliberaciones de las notas preparadas por la Secretaría A/CN.9/WG.I/WP.42 y Add.1 y A/CN.9/WG.I/WP.43. El examen del resto de los documentos A/CN.9/WG.I/WP.43, de A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1, así como de A/CN.9/WG.I/WP.44 y A/CN.9/WG.I/WP.45 y sus adiciones se aplazó hasta el siguiente período de sesiones del Grupo de Trabajo.

10. El viernes por la mañana la Secretaría resumió su modo de ver las revisiones que el Grupo de Trabajo requirió que se hicieran en las propuestas de texto para la Ley Modelo y la Guía en relación con el uso de medios electrónicos de comunicación en el proceso de contratación pública y con las subastas electrónicas inversas, que reflejaban las deliberaciones del período de sesiones actual. También se expuso ante el Grupo de Trabajo un resumen del resto de temas de su programa (enumerados en el párrafo 171 de A/60/17) e información sobre la labor de otras organizaciones regionales e internacionales en materia de contratación

pública[1]. El Grupo de Trabajo observó que recientemente había entrado en vigor la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y que aunque los elementos principales de sus disposiciones relativas a la contratación pública se ajustaban a los de la Ley Modelo, sus requisitos de las disposiciones relativas al examen a nivel de los países y los que trataban de los conflictos de intereses iban más allá de las disposiciones actuales de la Ley Modelo, y podrían justificar la atención del Grupo de Trabajo a su debido tiempo.

IV. Examen de las propuestas para la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios

A. El empleo de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública (A/CN.9/WG.I/WP.42 y Add.1)

1. Equivalencia funcional de todos los métodos de comunicar, publicar, intercambiar o archivar información o documentos (A/CN.9/WG.I/WP.42, párrafos 7 a 16, y A/ CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, párrafos 1 y 2)

Artículo 4 bis

11. Se hicieron ciertas sugerencias formales sobre el nuevo texto propuesto para el artículo 4 *bis*: i) utilizar la expresión “medios de comunicación” en lugar de “método de comunicación” a fin de evitar toda confusión con el empleo del término “método” que se hace en la Ley Modelo y en la Guía, referido a los métodos de contratación pública, y de alinear el texto propuesto con el de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico; ii) suprimir el texto entre corchetes, salvo la remisión que allí figura; iii) trasladar la lista ilustrativa de ejemplos de “medios electrónicos, ópticos o medios equivalentes” de comunicación al texto de la Guía para la incorporación al derecho interno y eliminar toda referencia obsoleta; iv) suprimir las palabras “medios equivalentes” por no estar definidas, pero mantener los ejemplos enunciados en el texto de la Ley Modelo; v) terminar el texto del artículo con “cumpla con el artículo 4 [*ter*]”; vi) insertar la noción de “comunicar” a continuación de “relativa a”, así como una referencia a “mensaje de datos”; y vii) sustituir las palabras “que incluya” en el segundo par de corchetes por “tales como”.

12. El Grupo de Trabajo tomó nota de que la adopción de algunas de las sugerencias anteriores podría dar lugar a un texto que se apartara de alguna disposición equivalente de la recién aprobada Convención de las Naciones Unidas sobre la Contratación Electrónica[2] y de otros textos de la CNUDMI. No obstante, se convino en que algunas de las sugerencias simplificarían y aligerarían el texto para los fines de la Ley Modelo, por lo que en la Guía se explicaría que la nueva disposición no se apartaba en nada esencial de la regla enunciada en otros textos de la CNUDMI.

---

[1] Representantes del BAfD, el COMESA, el BID, y la OMC informaron al Grupo de Trabajo al respecto. El documento A/CN.9/598/Add.1 contiene un resumen de la labor de estas entidades en el ámbito de la contratación pública.

[2] Resolución 60/21 de la Asamblea General.

13. El Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo con algunas de las sugerencias propuestas y decidió que se enmendara el artículo para que dijera lo siguiente:

> "**Artículo 4 *bis*. Equivalencia funcional de todo ~~[~~medio~~] [métodos]~~ utilizable para comunicar, publicar, intercambiar o archivar información o documentos**
>
> Toda disposición de la presente Ley relativa al acto de comunicar, poner por escrito, publicar información, presentar ofertas en sobre sellado o de abrir ofertas, así como de dejar constancia de algo o de celebrar una reunión, deberá ser entendida en el sentido de que ~~incorporará [cualquier medio de tal actividad que incluirá]~~ incluirá todo medio electrónico, óptico o equivalente de hacer lo mismo, ~~[que incluya aunque no exclusivamente, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o la telecopia,~~ siempre y cuando el medio elegido cumpla con ~~las [disposiciones del/normas de accesibilidad enunciadas en el]~~ el artículo [4 *ter*]."

14. Se convino en que se diera en la Guía una lista de ejemplos del medio "electrónico, óptico o equivalente" utilizable, al haberse eliminado esa lista del texto del artículo, lista que deberá ser además actualizada, eliminando la referencia al télex y al telegrama. Por otra parte, se señaló que la cuestión de los medios de comunicación que resultaran obsoletos variaría de un ordenamiento a otro y, por lo tanto, en el texto de la Guía debería tenerse en cuenta el grado de implantación de los diversos tipos de comunicaciones y tecnologías electrónicas en el mercado pertinente. Se convino también en que la Guía indicara que las disposiciones de este artículo deben ser interpretadas en sentido lato a fin de que sean aplicables a toda disposición de la Ley Modelo que suponga alguna presencia física de una persona o documentación consignada sobre papel.

15. El Grupo de Trabajo observó una incoherencia entre el principio de la "neutralidad tecnológica", enunciado en el artículo 4 *bis*, y el texto del párrafo 3 del artículo 9 propuesto, donde se hace referencia a una determinada tecnología, que habría que reconsiderar en su momento.

16. Respecto a la ubicación adecuada para las disposiciones del artículo 4 *bis*, algunos delegados opinaron que procedería incluirlas en el artículo 4 *ter* o en el artículo 9. Otra sugerencia fue la de insertarlas al final del artículo 2 (Definiciones). Se cuestionó esta sugerencia, al no dar el artículo 4 *bis* definición alguna, dado que su texto enunciaba un principio básico que sería aplicable a todo el régimen de la Ley Modelo. Se propuso por ello que se mantuvieran esas disposiciones en un artículo aparte, al principio de la Ley Modelo, numerado tal vez como artículo 2 *bis*. Se indicó, por otra parte, que su inserción al principio de la Ley Modelo obligaría a renumerar una parte importante de los artículos de la Ley Modelo. Se observó que el Grupo de Trabajo debería tener presente el impacto que pudiera tener toda renumeración, u otro cambio en la estructura de la Ley Modelo resultante de su revisión, en aquellos países que ya hubieran promulgado leyes internas de la contratación pública basadas en la Ley Modelo. Se sugirió a este respecto que, para facilitar su consulta, toda nueva disposición o toda disposición enmendada debería ir acompañada de una nota explicativa adecuada.

17. A raíz del examen por el Grupo de Trabajo de los artículos 4 *ter* y 9, se propusieron nuevas enmiendas sobre el texto del artículo 4 *bis*, sobre su título y sobre su ubicación en el texto (véanse los párrafos 36 y 37 *infra*).

Texto de la Guía para la incorporación al derecho interno

18. Se sugirió que en el texto de la Guía concerniente al empleo de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública las referencias a "comunicaciones" se sustituyeran por referencias a "medio o vía electrónica" utilizable, siempre y cuando dicha sustitución resultara adecuada, por estimarse que el texto de la Ley Modelo daba un alcance muy lato al término comunicaciones, sugiriéndose además que se agregara algún análisis sobre la función y la oportunidad de la contratación por vía electrónica al servicio de la contratación pública.

19. En lo concerniente al texto del párrafo 2, (bajo el subtítulo i)) se señaló que debían suprimirse ciertas partes del texto referentes a la administración de contratos y a la observancia de ciertos reglamentos y políticas, dado que esas cuestiones estaban fuera del alcance de la Ley Modelo (véase, no obstante, los párrafos 81 a 86 *infra*); en la versión francesa, se daba un sentido más lato al término inglés "electronic procurement", al hablarse en ella de "procédures dématerialisées", (en vez de "marchés électroniques") lo que se apartaba del sentido literal del texto inglés. Por ello, deberían revisarse y armonizarse, las versiones en ambos idiomas; se observó también que deberían alinearse los párrafos 3 y 4 con el artículo 4 *ter*.

20. Con respecto al texto del párrafo 7 (bajo el subtítulo ii)) se convino en suprimir la palabra "universalmente" que antecedía al término "legible". Se expresó inicialmente inquietud de que la referencia que se hacía poco después a "inalterados con el paso del tiempo" pudiera ser interpretada en el sentido de que imponía a las comunicaciones electrónicas requisitos más estrictos que los actualmente aplicables a las comunicaciones sobre papel; convendría por ello que la Guía precisara algo dicho marco temporal. Sin embargo, el Grupo de Trabajo entendió que no haría falta que la Guía hiciera ninguna precisión adicional al respecto, dado que su texto se limitaría a enunciar cierto requisito cualitativo aplicable a las comunicaciones tanto electrónicas como consignadas sobre papel, como el de que las comunicaciones no se deterioren con el paso del tiempo.

21. En lo referente al párrafo 14 (bajo el subtítulo ii)), se sugirió que se explicitara algo más la primera oración de dicho párrafo, enunciando ciertos supuestos en los que sería obligatorio el empleo de la vía electrónica con arreglo a la Ley Modelo, tales como en la subasta electrónica inversa o cuando una entidad adjudicadora exija expresamente su empleo. El texto debería dar asimismo más orientación sobre la repercusión eventual de un empleo más o menos generalizado del comercio electrónico en todo Estado que vaya a promulgar la nueva ley.

22. Se estimó que, a la luz de la formulación actual de la Guía, su texto no requería subtítulo alguno.

2. Normas de accesibilidad (A/CN.9/WG.I/WP.42, párrafos 17 a 19, y A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, párrafo 3)

Artículo 4 ter

23. El Grupo de Trabajo recordó que el texto propuesto para el artículo 4 *ter* contiene cuatro elementos, cualificadores de la vía o medio de comunicación utilizado (término por el que debe entenderse la publicación, el intercambio, el archivo de información o de documentos, la celebración de reuniones, y la presentación y apertura de ofertas) desde la perspectiva de:

a) Su índole no discriminatoria;

b) No suponer un obstáculo para el desarrollo del proceso de contratación;

c) Su disponibilidad general; y

d) Su compatibilidad general con toda otra vía o medio de comunicación utilizado.

24. Se formularon diversas sugerencias sobre cuáles de esos elementos deberían retenerse ene el artículo 4 *ter* propuesto

25. Se observó que el término "normas de accesibilidad", que figura en el título del artículo propuesto, pudiera entrañar alguna connotación no deseada, dado que la noción de "accesibilidad" está asociada al derecho de acceso a las funciones cívicas de las personas pertenecientes a ciertos grupos minoritarios. Por consiguiente se sugirió como posible variante el término "disponibilidad". Se observó que el concepto de "accesibilidad" figuraba ya en la versión actual del artículo 5 de la Ley Modelo (donde se habla del acceso del público a los textos normativos aplicables a la contratación pública), y que denotaba un concepto más lato que el de "disponibilidad" (que se estimó más preciso). Se observó, por el contrario, que exigir que la entidad adjudicadora se ocupara de la "accesibilidad" pudiera obligarla a asumir los gastos inherentes a dicha accesibilidad, lo que tal vez resultara oneroso y fuera más allá de lo deseado por el Grupo de Trabajo. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo decidió que se utilizara el término de "disponibilidad" para evitar toda connotación no deseada.

26. Se observó que la principal cuestión que había de resolverse en este artículo era la del carácter no discriminatorio de las comunicaciones, y que este concepto estaba ya regulado en el párrafo 3 del artículo 9 del texto actual de la Ley Modelo. Se observó también que las nociones de "disponibilidad" y la de "compatibilidad" podían ser consideradas ya sea como meros aspectos del carácter no discriminatorio de las comunicaciones o como conceptos ciertamente conexos pero distintos.

27. Se recordó además que las Directivas de 2004 de la Unión Europea imponen el requisito de la disponibilidad, pero desde la perspectiva de que el medio de comunicación utilizado en el proceso de contratación no debe restringir el acceso al proceso de adjudicación de un contrato. Se observó que cabía entender que el texto propuesto de artículo 4 *ter* para regular la índole no discriminatoria del medio de comunicación utilizado englobaba los requisitos enunciados en las Directivas, ya que el texto ahora propuesto hablaba de que el medio de comunicación seleccionado no limitara la competencia.

28. Por consiguiente, se sugirió que el texto del artículo 4 *ter* comprendiera los dos primeros párrafos propuestos, referidos únicamente al carácter no discriminatorio del medio utilizado. No obstante, la Guía debería explicitar dicho concepto de carácter no discriminatorio de un medio para aclarar que el medio de comunicación utilizado no debe suponer un obstáculo para el proceso de contratación y debe regular la disponibilidad general.

29. Se observó también que la cuestión de la discriminación inherente al medio de comunicación elegido (o al método de contratación seleccionado), había sido ya considerada en la preparación del texto actual de la Ley Modelo, y que resultaría también posible discriminar en la aplicación de cualquiera de esas opciones. Dicha posibilidad estaba implícitamente reconocida en el texto actual del párrafo 3 del artículo 9 de la Ley Modelo.

30. Prevaleció, sin embargo, la opinión de que deberían suprimirse los elementos que figuran en los apartados a), b) y d) del párrafo 23 *supra*. Por lo que respecta al apartado b), que no suponía ningún obstáculo para el proceso de contratación, se observó que cabía considerar que esa disposición englobaba todos los objetivos del preámbulo de la Ley Modelo y que podría dar al texto la flexibilidad conveniente a la hora de seleccionar los medios de comunicación y cuestiones conexas. Por otra parte, se observó que la decisión sobre lo que podía representar un "obstáculo" para el proceso de contratación pública era subjetiva, por lo que podrían producirse abusos de esta disposición. Sin embargo, según entendió el Grupo de Trabajo, la Guía aclararía que los medios de comunicación elegidos no deberían crear obstáculos para el proceso de contratación pública, pues de otro modo pondrían en peligro la promoción de los objetivos de la Ley Modelo de aumentar al máximo la economía y la eficiencia en la contratación pública, tal como se especifica en su preámbulo (párrafo a)).

31. Con respecto al elemento del apartado a) del párrafo 23 *supra*, se observó que el concepto de no discriminación estaba enunciado en algunas disposiciones del texto actual de la Ley Modelo, como el párrafo 3) del artículo 9, y se enunciaba en términos positivos, de trato justo y equitativo de los proveedores y contratistas en el párrafo d) del preámbulo. Se expresaron opiniones divergentes sobre la necesidad de insertar en la Ley Modelo un principio general de no discriminación. Predominó la opinión de que no debería insertarse, pues con ello se iría más allá del mandato del Grupo de Trabajo, consistente en revisar la Ley Modelo para asegurar la equivalencia funcional y permitir la aplicación de nuevos métodos de contratación. Se mencionó también que se reconocía como principio importante la no discriminación entre ambos medios de comunicación y en general. Por consiguiente, el objetivo de ofrecer un trato justo y equitativo a todos los proveedores y contratistas, que se enunciaba en el preámbulo, debería plasmarse en la Ley Modelo con normas específicas donde y cuando procediera.

32. El Grupo de Trabajo señaló que las disposiciones sobre no discriminación enunciadas en el párrafo 3) del artículo 9, que tenían por objeto hacer frente a los riesgos de discriminación en el contexto de sistemas de comunicación cerrados, se volverían obsoletas y, de hecho, estarían en contradicción con las revisiones propuestas, en particular con las del artículo 9, propuesto en virtud de las cuales la entidad adjudicadora estaría facultada para seleccionar los medios de comunicación.

33. Se observó además que las disposiciones sobre la no discriminación podrían tener un efecto negativo e imprevisto sobre la utilización de los medios electrónicos de comunicación en la contratación pública; por ejemplo, las entidades adjudicadoras podrían ser renuentes a recurrir a medios electrónicos por el temor de que algunos proveedores o contratistas contrarios al medio de comunicación elegido solicitaran la revisión de la decisión pertinente, y ese derecho de revisión podría a su vez constituir un obstáculo para el proceso de contratación pública. Se señaló asimismo que habría que sopesar toda posible discriminación, así como las impugnaciones y la integridad de la comunicación al evaluar los posibles beneficios de la contratación electrónica. Podría plantearse el riesgo de que, por el mero hecho de que un pequeño número de proveedores no tuvieran acceso a las tecnologías pertinentes requeridas, no se recurriera a la contratación electrónica y se prescindiera así de sus beneficios.

34. Calificando la discriminación con adjetivos como "irrazonable", "manifiesta", "obvia" o "intencionada", como se proponía, no se paliaría por completo ese riesgo y podría introducirse en el texto un elemento de subjetividad. Además, con esos calificativos podrían introducirse nuevos conceptos de discriminación que crearían incoherencias con otras disposiciones existentes sobre la discriminación que figuran en la Ley Modelo. No obstante, se convino en que en la Guía para la incorporación al derecho interno se analizara el concepto de discriminación y se explicara con ejemplos el modo en que podría producirse en la práctica (véase también el párrafo 60 *infra*).

35. Observando que la discriminación solo podría producirse cuando no se justificara objetivamente la utilización de determinados medios de comunicación, el Grupo de Trabajo decidió que el concepto de "disponibilidad general", enunciado en el último párrafo de la propuesta de artículo 4 *ter*, podía considerarse un medio para prever la no discriminación. En consecuencia, el Grupo de Trabajo decidió que el texto del artículo 4 *ter* debería comprender los párrafos primero y último de la propuesta y debería decir lo siguiente:

> "La entidad adjudicadora se cerciorará de que todo medio de comunicación, publicación, intercambio o archivo de información o documentos, de celebración de reuniones y de presentación de ofertas y convocatorias a licitación puedan ser fácilmente utilizables junto con los que en general se emplean entre proveedores y contratistas."

36. Subsiguientemente, se convino en que este enunciado se plasmara en las disposiciones del artículo 4 *bis* del modo siguiente (con la supresión del artículo 4 *ter* en su totalidad):

> "Se entenderá que toda disposición de la presente Ley relativa al hecho de comunicar, escribir, publicar información, presentar ofertas en un sobre cerrado, convocar a licitación, archivar o celebrar una reunión abarcará los medios electrónicos, ópticos u otros medios comparables que se utilicen para tales actividades, siempre y cuando los medios elegidos puedan ser fácilmente utilizables junto con los que generalmente se emplean entre proveedores o contratistas."

37. Por lo que respecta al lugar de inserción de las disposiciones enmendadas y unificadas, se convino en que, unidas a algunas disposiciones del proyecto de artículo 9 (véanse los párrafos 39 y 40 *infra*) constituirían un artículo aparte en el que se enunciaría un principio fundamental relativo a la utilización de las comunicaciones (en su sentido más amplio) en el proceso de contratación pública y que, por consiguiente, deberían insertarse en la parte inicial de la Ley Modelo, tal vez después del artículo 5 (para seguir el orden cronológico en el proceso de contratación, es decir, antes de toda identificación de proveedores o contratistas). Con un nuevo título se reflejaría el nuevo ámbito ampliado de las disposiciones unificadas, y, por lo tanto, habría que enmendar en consecuencia las referencias a las normas de "accesibilidad" o "disponibilidad", así como a la "equivalencia funcional".

38. En lo que respecta al texto de la propuesta de Guía para la incorporación al derecho interno, el Grupo de Trabajo convino en que, con independencia de lo enunciado en los párrafos 30 y 34 *supra*, en la Guía se plasmaría la decisión del Grupo relativa a los textos de los artículos 4 *bis*, 4 *ter* y 9 y: i) se ampliaría el concepto de disponibilidad general de los medios de comunicación (por ejemplo, desde la perspectiva de que las entidades adjudicadoras deberían tener en cuenta el nivel de implantación de las comunicaciones y tecnologías electrónicas en los mercados pertinentes al hacer una selección de medios de comunicación para la contratación pública, así como de los costos de dichos medios); ii) se pondría de relieve que el recurso a los medios de comunicación que fueran objetivamente justificables variaría de un ordenamiento a otro y de un proceso de contratación a otro; iii) se abordarían cuestiones de intercambiabilidad y de compatibilidad, conceptos que se habían suprimido del último apartado de la propuesta de artículo 4 *ter*; y iv) se avisaría de que podrían exigirse requisitos más estrictos (por ejemplo, en virtud de tratados internacionales o de lo impuesto por los bancos multilaterales de desarrollo).

3. Formas de las comunicaciones (A/CN.9/WG.I/WP.42, párrafos 20 a 28, y A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, párrafos 4 y 5)

39. En el contexto del examen del artículo 9 se decidió que el artículo 4 *bis* enmendado (véanse los párrafos 36 y 37 *supra*) se fundiera con el párrafo 1) del proyecto de artículo 9, requiriendo a la entidad adjudicadora que especifique el medio elegido de comunicación cuando convoque a licitación en el proceso de contratación pública y con el requisito del párrafo 4) del artículo 9 de que las reglas de contratación pública prevean los conceptos de autenticidad, integridad, accesibilidad y confidencialidad de las comunicaciones.

Propuesta de artículo 5 bis

40. El Grupo de Trabajo decidió examinar en su siguiente período de sesiones el siguiente texto:

"Artículo 5 *bis* [el título se estudiará en el décimo período de sesiones]

1) Se entenderá que toda disposición de la presente Ley relativa a la comunicación [, al acto de escribir, de publicar información, de presentar ofertas en un sobre cerrado, de convocar a licitación o de archivar o de celebrar una reunión,] abarcará los medios electrónicos, ópticos y otros medios

comparables [que se utilicen para tales actividades], siempre y cuando los medios elegidos puedan utilizarse fácilmente junto con los que general [o comúnmente] empleen los proveedores y contratistas entre sí.

2) Los documentos, las notificaciones, las decisiones y otras comunicaciones [~~a que se hace referencia en la presente ley~~] entre proveedores o contratistas y la entidad adjudicadora se facilitarán, presentarán o aplicarán por el medio de comunicación que haya especificado la entidad adjudicadora cuando solicitó en primer lugar la participación de los proveedores o contratistas en el proceso de contratación pública, siempre y cuando los medios especificados puedan utilizarse de la forma determinada en el párrafo anterior.

3) [Los reglamentos de contratación pública o la entidad adjudicadora] [establecerán o podrán establecer] medidas para asegurar la autenticidad, la integridad, la accesibilidad y la confidencialidad de las comunicaciones.

[4) Las disposiciones del párrafo 1 del presente artículo serán igualmente aplicables a toda disposición de la presente Ley referente al acto de escribir, de publicar información, de presentar ofertas en un sobre cerrado, de abrir las ofertas, de archivar o de celebrar una reunión.]"

41. El Grupo de Trabajo señaló que el primer párrafo del artículo 5 *bis* no solo regulaba las comunicaciones, sino también los escritos, la publicación de información, la presentación de ofertas en un sobre cerrado, la apertura de las ofertas, los archivos y las reuniones. En cambio, los párrafos segundo y tercero regulaban únicamente las comunicaciones. El Grupo de Trabajo convino en examinar en un período de sesiones subsiguiente si estas cuestiones deberían incluirse en el primer párrafo, o como variante en un nuevo párrafo 4) del presente artículo, o en otra parte del texto y si el texto entre corchetes en los párrafos 1) y 4) reflejaría esa cuestión pendiente.

42. Con respecto al párrafo 2) del artículo 5 *bis* se convino en suprimir la restricción "a que se hace referencia en la presente Ley" referida a los "documentos, notificaciones, decisiones y otras comunicaciones" en la versión anterior del texto, a fin de que se hiciera referencia a cualquier comunicación generada en el proceso de contratación pública, y debería introducirse el mismo cambio en el resto del artículo 9 propuesto (véase el párrafo 44 *infra*).

43. Con respecto al párrafo 3) del artículo 5 *bis*, el Grupo de Trabajo observó que las obligaciones enunciadas en el resto del artículo eran impuestas a la entidad adjudicadora. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo convino en estudiar si la entidad adjudicadora, y no el Estado promulgante con sus reglamentos, debería reglamentar las cuestiones de la autenticidad, integridad, accesibilidad y confidencialidad de las comunicaciones enunciadas en ese párrafo y si debería darse a la entidad adjudicadora o al Estado promulgante la opción de hacerlo o si debería imponérseles la obligación de hacerlo. El texto que figura entre corchetes en el artículo propuesto reflejaría esa cuestión pendiente. Se convino asimismo en que en la Guía para la incorporación al derecho interno se analizaran en detalle las cuestiones planteadas por la autenticidad, la integridad, la accesibilidad y la confidencialidad de las comunicaciones.

Artículo 9

44. Por lo que respecta al resto del anterior proyecto de artículo 9, relativo a la forma de las comunicaciones, se sugirió que el artículo previera el requisito de que las comunicaciones contuvieran un registro de su contenido. En consecuencia, el Grupo de Trabajo convino en proseguir sus deliberaciones sobre un artículo 9 revisado que se basara en el siguiente texto:

"Artículo 9. Forma de las comunicaciones

1) A reserva de otras disposiciones de la presente Ley, los documentos, las notificaciones, las decisiones y otras comunicaciones ~~[a que se hace referencia en la presente Ley]~~ que deberá presentar la entidad adjudicadora o la autoridad administrativa a un proveedor o contratista o que un proveedor o contratista deberá presentar a la entidad adjudicadora se presentarán en una forma que deje constancia del contenido de la comunicación y sea accesible, de modo que sea utilizable para ulteriores consultas.

2) Las comunicaciones entre proveedores o contratistas y la entidad adjudicadora a que se hace referencia en los artículos 7 4) y 6), 12 3), 31 2) a), 32 1) d), 34 1), 36 1), 37 3), 44 b) a f), y 47 1) [actualícense las revisiones de la Ley Modelo] podrán efectuarse por medio de una comunicación que no deje constancia ~~de la confirmación~~ del contenido de la comunicación siempre y cuando se dé de inmediato al receptor de la comunicación la confirmación de la comunicación en una forma que deje constancia del contenido de la comunicación y que sea accesible, a fin de poder utilizarse para ulteriores consultas."

45. Se convino en que se modificaría el enunciado del artículo anteriormente propuesto sustituyendo la obligación de "dejar constancia de la confirmación" por la de "dejar constancia del contenido de la comunicación", a fin de asegurar que quede constancia del contenido de la comunicación y de la comunicación en sí.

Texto de la Guía para la incorporación al derecho interno

46. El Grupo de Trabajo decidió no examinar el texto de la Guía que habría de ser modificado a raíz de las deliberaciones mantenidas en el actual período de sesiones.

4. Validez jurídica de un contrato adjudicado por vía electrónica (A/CN.9/WG.I/WP.42, párrafos 29 y 30, y A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, párrafo 6)

47. El Grupo de Trabajo pidió que, en la última frase del párrafo 1) *bis* propuesto se sustituyera, después de la palabra "contratos", la palabra "ejecutados" por la palabra "concertados", a fin de evitar toda connotación técnica involuntaria que pudiera plantear el término "ejecución" en determinados ordenamientos.

48. Por lo que respecta a los párrafos 1) *bis* y *quater*, se convino en que, en las referencias a la necesidad de que los Estados promulgantes examinen si las leyes de la contratación pública son adecuadas, se empleara la palabra "podrán", en vez de "deberán", a fin de dar al texto una mayor flexibilidad y de permitir a los Estados promulgantes tener en cuenta las distintas circunstancias de hecho.

5. Obligación de llevar un expediente del proceso de adjudicación (A/CN.9/WG.I/WP.42, párrafos 31 y 32, y A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, párrafo 7)

49. Se observó que en la Guía para la incorporación al derecho interno debería explicarse el ámbito del párrafo b) *bis* propuesto, de modo que en el expediente se especificara todo programa informático o criterio empleado en el medio de comunicación elegido por la entidad adjudicadora.

50. Se señaló que el texto de la Guía para la incorporación al derecho interno debería ajustarse a la propuesta de artículo 5 *bis* y que el requisito de que la entidad adjudicadora seleccionara un medio de archivo de la información registrada que permaneciera accesible "hasta que venza [haya vencido] el plazo de reconsideración con arreglo al artículo 52 de la Ley Modelo" se hiciera extensivo a todo período diferente que la ley de un determinado ordenamiento aplicara a los sistemas de retención de documentos.

51. Se convino asimismo en que se suprimiera del texto la obligación de asegurar que "los sistemas de mantenimiento de expedientes sean plenamente compatibles (o intercambiables)". La consideración fundamental era que la información del expediente pudiera ponerse a la disposición de los terceros que tuvieran derecho a recibirla, y los requisitos de accesibilidad enunciados en el texto regularían adecuadamente la cuestión.

6. Presentación por vía electrónica de las ofertas, propuestas y cotizaciones (A/CN.9/WG.I/WP.42, párrafos 33 y 34, y A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, párrafo 8)

52. Se observó que había dos conceptos importantes en lo que se refiere a la presentación electrónica de ofertas: la necesidad de fomentar la confianza en los sistemas electrónicos, así como de determinar los objetivos de las enmiendas propuestas y procurar cumplirlos. La transferencia de las salvaguardias de los medios tradicionales de presentación de ofertas al contexto electrónico sería de importancia crítica. La introducción de todo nuevo sistema plantearía nuevos riesgos y habría que adoptar medidas para paliarlos, particularmente durante el período de transición.

53. El Grupo de Trabajo observó que sería importante que la entidad adjudicadora especificara en el pliego de condiciones el medio seleccionado para la presentación de ofertas. Si bien la entidad adjudicadora tendría que cumplir con los requisitos de la propuesta de artículo 5 *bis* al efectuar su selección, se consideró que no sería necesario remitir expresamente a esos requisitos en el artículo 30 5) a) de la Ley Modelo. En consecuencia, la salvedad enunciada en el texto con respecto al proyecto de artículo 5 *bis* debería suprimirse.

54. El Grupo de Trabajo examinó también las supresiones propuestas en el texto original del artículo 30 5) a) de la Ley Modelo, referente a los requisitos para la presentación de las ofertas "por escrito, firmadas y entregadas en un sobre sellado". Se observó que estos requisitos constituían salvaguardias de gran importancia para la presentación de las ofertas.

55. Se señaló también al Grupo de Trabajo que en muchos ordenamientos jurídicos, la inmensa mayoría de las ofertas seguían presentándose en el formato tradicional sobre papel y que los requisitos mencionados seguían siendo pertinentes.

56. Se comentó en el Grupo de Trabajo que en algunos ordenamientos se había tratado de evitar las consecuencias técnicas del requisito de que un documento electrónico estuviera firmado y para ello se hacía referencia a los documentos autenticables. Si el principio de la neutralidad de los medios técnicos entraba en conflicto con los principios fundamentales de la propia Ley Modelo, como el requisito de que las ofertas figuraran por escrito, estuvieran firmadas y se entregaran en un sobre sellado, esos requisitos deberían prevalecer. En consecuencia, si bien los requisitos implicaban un formato sobre papel, deberían seguir figurando en el texto del artículo 30 5) a). Se señaló asimismo que las disposiciones del proyecto de artículo 5 *bis* permitirían transponer esas salvaguardias al contexto electrónico utilizando el principio de la equivalencia funcional.

57. Se indicó también que sobre esta cuestión en la Guía para la incorporación al derecho interno habría que abordar las cuestiones prácticas que plantea la autorización de la presentación electrónica de ofertas, incluidas las salvaguardias equivalentes al escrito, a la firma y al sobre sellado (tales como una oferta electrónica codificada que se equiparara a otra presentada en un sobre sellado). Además, existía el riesgo de que un virus borrara la oferta electrónica al ser abierta y que la oferta dejara de existir. En consecuencia, en la Guía se podría recomendar (al igual que se hace en algunos sistemas) la utilización de programas de detección de virus para determinar los riesgos potenciales de esta índole, con lo cual se fomentaría la confianza y la transparencia en las comunicaciones electrónicas.

58. El Grupo de Trabajo examinó la forma de abordar la posibilidad de que un sistema electrónico para la recepción de ofertas fallase. Se señaló que la entidad adjudicadora no debería ser responsable en caso de que no se recibiera una oferta y que el riesgo de la presentación de una oferta debería correrlo el proveedor; la entidad adjudicadora solo tendría la obligación de acusar recibo de la presentación de la oferta. No obstante, se consideró que cabría adoptar medidas para paliar los riesgos, por ejemplo, permitiendo la presentación de ofertas por duplicado en un formato diferente, como salvaguardia contra el fallo del sistema (algo que algunos sistemas ya permitían). Si bien se señaló que los proveedores podían tratar de modificar los términos de sus ofertas al presentar un duplicado, y que se habían observado casos de esta práctica, se consideró que los beneficios de permitir esta presentación doble serían más importantes que los posibles inconvenientes.

59. Además, se dijo ante el Grupo de Trabajo que en muchos países se seguía la práctica de no exigir un medio exclusivo de presentación de las ofertas. En tales casos funcionaba un sistema mixto en el que algunos proveedores presentaban las ofertas en el formato tradicional mientras que otros lo hacían por vía electrónica. (Otras variantes de un sistema mixto podrían consistir en la utilización de diferentes métodos de comunicación durante el proceso de contratación pública y en dar a los proveedores la opción de presentar algunas partes de sus ofertas, como muestras, dibujos técnicos y certificados jurídicos, en formato físico o sobre papel.) Se comentó que si se permitía un sistema mixto no solo se promovería la confianza, sino que a su vez aumentarían los niveles de participación. En consecuencia, se decidió que la autoridad adjudicadora debería poder seleccionar o bien medios tradicionales basados en el papel para la presentación de ofertas (y de comunicaciones en general), o bien medios electrónicos, o ambos tipos de medios, y que en el texto de la Ley Modelo debería autorizarse expresamente la utilización de más de un medio.

60. Si bien en el Grupo de Trabajo se afirmó que si se permitía a los propios proveedores seleccionar el medio de presentación se fomentaría la participación, se convino en que la selección debería estar en manos de la entidad adjudicadora. El proveedor podría tener vías de recurso si la entidad adjudicadora actuara de forma discriminatoria al hacer la selección, pero en cualquier caso estaría obligado a emplear el medio de presentación seleccionado por la entidad adjudicadora, tal como se especificara en el pliego de condiciones. En relación con esta cuestión, se observó que la disposición relativa a la no discriminación que figuraba en el actual párrafo 3) del artículo 9 de la Ley Modelo, y que trataba de impedir la discriminación en la aplicación de la selección del medio de comunicación, seguía siendo pertinente, incluso teniendo en cuenta el proyecto de artículo 5 *bis* de la Ley Modelo. En consecuencia, el Grupo de Trabajo decidió examinar en su siguiente período de sesiones si se retendría en el texto una disposición expresa contra la discriminación y, en tal caso, su lugar de inserción en el texto.

61. A este respecto, se señaló también que en la Guía para la incorporación al derecho interno debería ponerse de relieve que la utilización de sistemas mixtos sería muy apropiada durante el período de transición después de la introducción de los medios electrónicos de comunicación en la contratación pública, y que a largo plazo se promovería, cuando procediera, la utilización exclusiva de esos medios electrónicos.

62. Se observó asimismo que el texto propuesto del artículo 30 5) a) se refería a la "forma", mientras que el proyecto de artículo 5 *bis* hacía referencia a los "medios" de presentación de ofertas. Se señaló que las dos disposiciones deberían ser coherentes entre sí a este respecto y también en la referencia a los requisitos de que las ofertas se presentaran en un sobre sellado, y que si se especificaba que las ofertas debían presentarse "por escrito, firmadas y en un sobre sellado", en la forma de presentación tal vez habría que hablar de los "medios" de presentación, a fin de lograr la coherencia deseada.

63. En consecuencia, el Grupo de Trabajo decidió que en su siguiente período de sesiones examinaría el siguiente texto del apartado a) del párrafo 5) del artículo 30: "Las ofertas serán presentadas [por el medio que se especifique en el pliego de condiciones y serán presentadas] por escrito, firmadas y en un sobre sellado".

7. Apertura de ofertas presentadas por vía electrónica (A/CN.9/WG.I/WP.42, párrafos 35 a 37, y A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, párrafo 9)

64. Se observó que la utilización de un sobre sellado para la presentación de las ofertas, cuestión ya analizada en la sección anterior, revestía también una importancia esencial en la apertura de las ofertas, dado que la existencia de un sello hasta el momento de la apertura era un elemento crucial para la confianza en el proceso.

65. En lo que respecta al texto propuesto del párrafo 4) del artículo 33 de la Ley Modelo, se señaló que el requisito de que los proveedores puedan seguir la apertura de las ofertas "simultáneamente" o "instantáneamente" se modificara para que dijera "contemporáneamente", lo cual requeriría que la entidad adjudicadora abriera las ofertas electrónicas y las incorporara de inmediato al sitio pertinente de Internet, un procedimiento equivalente a la apertura tradicional pública de las

ofertas, y no más oneroso. Se sugirió también que la parte final del texto propuesto dijera: "[si los proveedores] están en condiciones de seguir la apertura de las ofertas contemporáneamente a través de medios electrónicos, ópticos o medios comparables de comunicación utilizados por la entidad adjudicadora".

8. Publicación electrónica de información concerniente a la contratación pública (A/CN.9/WG.I/WP.42, párrafos 38 a 45, y A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, párrafo 10)

Artículo 5

66. Se subrayó que ese artículo era importante y era utilizado por los bancos multilaterales de desarrollo como referencia para evaluar el nivel de transparencia en la reglamentación de la contratación pública en diversos países. Se sugirió que las disposiciones del artículo 5 siguieran teniendo la mayor claridad posible y que no se las recargara con requisitos muy amplios.

67. Prevaleció la opinión de que debería mantenerse el alcance actual del artículo. Se observó que si bien el objetivo de transparencia era importante, no debería lograrse en detrimento de otras consideraciones importantes, como los costos y otras cargas para las entidades adjudicadoras.

68. Se puso en tela de juicio la conveniencia de incluir en el artículo revisado una referencia a "todas las resoluciones judiciales relativas a su aplicación". Se expresaron reservas en el sentido de que en algunos ordenamientos sería imposible cumplir el requisito de dar sin tardanza acceso público a esta información y de actualizarla sistemáticamente. Algunas delegaciones estimaron que la imposición de este requisito debería limitarse a las resoluciones judiciales que sentaran un precedente o que fueran "de aplicación general".

69. Se formularon preguntas sobre el significado de la expresión "sistemáticamente actualizados". Se opinó que con esa expresión se trataba de enunciar el requisito de actualización y que ello podría resultar oneroso tratándose de ciertos tipos de información. Se sugirió que ese requisito solo fuera aplicable al régimen y a las reglamentaciones de contratación pública y que se aplicara un régimen menos estricto, por ejemplo, a los reglamentos administrativos.

70. También se sostuvo que debería hacerse una distinción entre el requisito de hacer accesibles los textos jurídicos y el de publicarlos. Mientras que el acceso público podía cumplirse en la mayoría de los casos en la práctica en todo lo relativo a los textos jurídicos mencionados en el artículo, la publicación plantearía problemas prácticos de cumplimiento, especialmente si se aplicaba a todas las resoluciones judiciales y a todos los reglamentos administrativos. Por otra parte, se subrayó que el requisito de hacer accesibles los textos jurídicos también podría ser oneroso en la práctica ya que, por ejemplo, las resoluciones judiciales y los reglamentos administrativos podrían estar disponibles pero podrían ser de difícil acceso.

71. Algunas delegaciones apoyaron la división del artículo 5 en dos párrafos: el primero, relativo a los textos jurídicos que tendrían que publicarse (leyes, reglamentaciones y directrices de contratación pública de aplicación general); y el segundo, referente a las resoluciones judiciales y reglamentos administrativos importantes que deberían mantenerse continuamente actualizados.

Se opinó que habría que aplicar distintos requisitos a estas dos categorías de información. En lo que respecta a la primera categoría de textos jurídicos, los requisitos seguirían siendo los enunciados en el actual artículo 5; en particular, se subrayó la importancia de la puntualidad, por lo que las palabras "sin demora" deberían mantenerse en el artículo. En lo relativo a la segunda categoría, se sustituiría el requisito de "actualizar sistemáticamente" por el de "actualizar periódicamente si es necesario".

72. Predominó la opinión de que la Secretaría debería tener en cuenta este enfoque al preparar un texto revisado del artículo 5 y de que deberían incluirse otros detalles en la Guía, en particular las cuestiones que sería conveniente regular en las reglamentaciones de la contratación pública, tales como los medios de comunicación y la forma de publicación.

73. Algunas delegaciones se declararon partidarias de que se mantuviera la primera adición propuesta al artículo 5. Se propuso que la referencia a "otra información" se restringiera agregando las palabras "relativa a las políticas de contratación pública". Por otra parte, se expresó la duda de si el enunciado sugerido sería apropiado para la Ley Modelo, dado que un Estado promulgante tendría en cualquier caso opciones para agregar disposiciones a las que existen en la Ley Modelo y se preguntó si ello no quedaba ya regulado por el objetivo general de transparencia.

74. Predominó la opinión de que todas las adiciones posibles que se proponían entre corchetes deberían figurar únicamente en la Guía. Se sugirió que, en beneficio de los Estados promulgantes, en la segunda propuesta se especificaran los requisitos para la publicación que se enuncian en la Ley Modelo. En este contexto, debería comprenderse que la referencia a la actualización sistemática era onerosa y de beneficios dudosos.

Disposiciones sobre las "oportunidades de contratos próximamente adjudicables"

75. Se expresaron opiniones divergentes sobre la conveniencia de incluir esas disposiciones en la Ley Modelo. Por una parte, se sostuvo que este enfoque sería conveniente, pues las disposiciones propiciarían la transparencia en la contratación pública y promoverían la competencia. Además, se señaló que con ello se ajustaría la Ley Modelo a la parte respectiva del Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC.

76. Para dejar claro que no constituirían convocatorias a licitación, se sugirió que las disposiciones propuestas se enmendaran del modo siguiente: "con la mayor prontitud posible a partir del comienzo del ejercicio fiscal, las entidades adjudicadoras podrán publicar información sobre las oportunidades de contratos adjudicables en los siguientes [el Estado promulgante especificará aquí el período], y esta información no constituirá total ni parcialmente un pliego de condiciones". También se sugirió que se sustituyera la forma verbal "podrán" por "deberán" o deberían". No obstante, algunos delegados estimaron que si esas disposiciones habían de incluirse en la Ley Modelo, deberían ofrecer una posibilidad, pero no ser prescriptivas. Se sugirió que se incluyeran en el artículo 5.

77. Por otra parte, algunos delegados consideraron que sería más apropiado que las disposiciones propuestas figuraran en la Guía. Estaban en contra de que las disposiciones fueran prescriptivas, ya que en tal caso impondrían requisitos onerosos a las entidades adjudicadoras, en el sentido de que podrían dar pie a la interpretación de que se proponía una nueva norma o medida que debería adoptar la entidad adjudicadora con respecto a la publicación de información antes de la convocatoria.

78. Se sugirió que al analizar esta cuestión, el Grupo de Trabajo habría de evaluar si la práctica de la publicación de este tipo de información era conforme a los objetivos de la Ley Modelo y si, de serlo, sería necesario que la Ley Modelo contuviera una disposición habilitadora para promover la práctica.

Texto de la Guía para la incorporación al derecho interno

79. Se sugirió que se suprimieran la frase que empieza con las palabras "pueden darse incentivos", en el párrafo 2 de la sección a), la segunda frase del párrafo 4 de la sección a), y el párrafo 2 de la sección b). En la frase que empieza con las palabras "si bien la Ley Modelo requiere", en el párrafo 2 de la sección a), se sugirió que se sustituyera la última parte de la frase por las palabras "y los Estados promulgantes deberían estudiar el costo de la publicación adicional teniendo en cuenta los beneficios para los receptores".

9. Cuestiones pendientes (A/CN.9/WG.I/WP.42, párrafos 36 a 48)

80. Respecto del enfoque general que procedía dar a la reformulación de la Ley Modelo, se señaló que convendría limitar, en lo posible, las enmiendas introducidas y que debería mantenerse el texto lo bastante flexible para poderlo ajustar a las diversas condiciones imperantes en distintos países. Se observó además que debería procurarse que el texto revisado de la Ley Modelo fuera de fácil consulta.

81. En cuanto a la sugerencia de que se ampliara el alcance de la Ley Modelo y de la Guía para que abarcara la planificación del proceso de adjudicación y la administración del contrato adjudicado, se observó que la contratación pública incluía de hecho esas dos etapas, en las que solían intervenir diversas entidades públicas. Ahora bien, se observó que algunas de esas etapas no estaban reguladas por la normativa legal de la contratación pública, sino por la normativa legal aplicable en materia presupuestaria (planificación de la contratación pública en general) y por el derecho de los contratos (administración del contrato). No obstante, se señaló que dichas etapas formaban parte integrante del proceso de adjudicación en cuanto tal, con el resultado de que toda deficiencia en alguna de ellas repercutiría negativamente sobre las demás y sobre el proceso de adjudicación en su conjunto, con el riesgo de que no se lograran los objetivos de la Ley Modelo. Se insistió, por ello, en que era primordial de que se regulara debidamente toda etapa conducente o subsiguiente a la selección del contratista, etapa que sí entraba en el ámbito actual de la Ley Modelo.

82. Por consiguiente, se sugirió que habría que abordar, ya sea enunciando principios generales en el texto de la Ley Modelo o por medio de la Guía, regulando cuestiones como la de las mejores prácticas aplicables en la planificación del proceso de adjudicación y en la administración del contrato adjudicado, a fin de

abarcar el proceso de contratación en su totalidad. Se observó, por el contrario, que tal vez resultara más factible ampliar el alcance de la Ley Modelo o de la Guía regulando únicamente la planificación del proceso de adjudicación, ya que toda reglamentación de la administración del contrato resultaría mucho más compleja. El Grupo de Trabajo recordó a este respecto la Guía Jurídica de la CNUDMI para la redacción de contratos internacionales de construcción de instalaciones industriales, que abordaba cuestiones precontractuales, así como determinadas cláusulas del contrato de obras. Se observó que en algunos países la etapa de administración del contrato adjudicado estaba regulada en una ley aparte.

83. En lo referente a la planificación del proceso de adjudicación, se observó que el Grupo de Trabajo había considerado ya una de las cuestiones relativas a la etapa de planificación del proceso de adjudicación: la publicación anticipada de información sobre todo contrato próximamente adjudicable. Algunas delegaciones propugnaron que la Guía alentara la publicación de este tipo de información en los Estados que promulgaran el régimen de la Ley Modelo por estimar que dicha publicación redundaría en una buena administración del proceso de adjudicación, así como en la transparencia de su gestión. Se advirtió que no convendría incluir en la Ley Modelo textos que pretendieran enunciar alguna regla que fuera más allá de los principios generales que deben regir la planificación del proceso de adjudicación, dado que con ello se estaría cercenando la flexibilidad requerida en dicha etapa. Se estimó que la Guía o algún otro instrumento que pudiera elaborarse para ayudar a todo Estado en la promulgación y aplicación de toda norma legal por la que fuera a dar curso interno al régimen de la Ley Modelo, sería el lugar adecuado para examinar en detalle la planificación del proceso de adjudicación y las buenas prácticas que habría que alentar. Se señaló, no obstante, que tal vez resultara difícil encontrar información y soluciones pertinentes para los problemas peculiares de cada país o lugar.

84. En lo relativo a la administración del contrato, se sugirió que la Ley Modelo o la Guía alertara a los Estados de los problemas que pudieran surgir i), por una parte, en la etapa de selección del contratista, lo que pudiera repercutir negativamente sobre la administración del contrato, especialmente caso de que afectara al precio final que un Estado hubiera de pagar por los bienes, obras o servicios contratados, y ii), ulteriormente, en la etapa de administración del contrato, en la que si se introducían modificaciones podría incrementarse sustancialmente el precio final del contrato, menoscabarse la integridad del proceso de adjudicación y repercutir negativamente sobre los intereses legítimos de los interesados. Se sugirió que la Guía impartiera, siempre que fuera posible y oportuno, cierta orientación, destinada a todo Estado promulgante, sobre la manera de prevenir o resolver los problemas que pudieran surgir a este respecto.

85. En lo referente a la función asignable a la Guía, se estimó que convendría destinarla no solo al legislador sino a un público más amplio que pudiera aprovecharla para la aplicación o puesta en práctica del régimen de la Ley Modelo. Se convino en que no sería factible formular regla de aplicación alguna en el marco de la Guía, ya que dicha labor obligaría a entrar más en detalle incluso que el propio texto de la Ley Modelo y habría de tener en cuenta la diversidad de los regímenes reglamentarios aplicables en el derecho interno. Cabría que la versión revisada de la Guía abordara ciertas cuestiones que sería importante que se resolvieran en los

reglamentos de la contratación pública. Se expresó el parecer de que la Guía podría enunciar algunas cláusulas modelo, que resultarían ciertamente valiosas si se inspiraban en la experiencia práctica de diversas entidades particularmente interesadas, como sería el caso de los bancos de desarrollo. Se expresó cierta preferencia por el empleo, en el texto de la Guía, de la forma verbal "podrá", en lugar de "deberá", al referirse a cuestiones legislativas que habría de resolver cada Estado promulgante en particular.

86. El Grupo de Trabajo decidió examinar esas cuestiones en una fase ulterior en la que tal vez se solicitara de la Secretaría que presentara un estudio en el que se enunciaran los problemas más usuales de las etapas de planificación del proceso de adjudicación y de administración del contrato adjudicado, y en el que se analizara la solución que se hubiera dado a esos problemas en reglamentos internos, regionales e internacionales.

B. Proyectos de disposición para facultar el recurso a la subasta electrónica inversa en el marco de la Ley Modelo (A/CN.9/WG.I/WP.43)

1. Observaciones generales

87. Se señaló que al formular toda disposición concerniente a la subasta electrónica inversa (SEI), tanto en la Ley Modelo como en el texto de la Guía, deberían tenerse en cuenta las condiciones imperantes y los intereses existentes en los países que más fueran a beneficiarse del régimen de la Ley Modelo. Se señaló que la Ley Modelo había fomentado, hasta la fecha, el método tradicional de la licitación abierta a título de "regla de oro" de la contratación pública, cuyo doble principio básico era el de prohibir toda negociación y el de ofrecer al proveedor una única oportunidad para presentar su mejor oferta, lo que las SEI contradecían por razón de los rasgos inherentes a dicho método. Admitir las SEI y regular su empleo en la Ley Modelo podría significar apartarse de dichos principios básicos y restar valor a la "regla de oro" de la licitación abierta.

88. El Grupo de Trabajo tomó nota de las novedades registradas en el empleo y la reglamentación de las subastas electrónicas inversas en el ámbito tanto nacional como regional, así como de la postura adoptada por los bancos multilaterales de desarrollo respecto de dicho método. Al reiterar que las SEI entrañaban nuevos riesgos y pudieran agravar los riesgos ya existentes en el método tradicional, basado en la práctica del sobre sellado, el parecer predominante en el Grupo de Trabajo fue que se examinaran todos los problemas que las SEI pudieran suscitar y que se intentara mitigarlos mediante la imposición de alguna reglamentación apropiada.

89. Se reconoció que, dado el carácter novedoso de las subastas electrónicas inversas, resultaría difícil determinar las mejores prácticas para su empleo. Por ello, se expresó el parecer de que la normativa de la Ley Modelo concerniente a las SEI se formulara en términos que fueran lo bastante latos para dar margen para una evolución eventual de la práctica actual. Se dijo, al mismo tiempo, que sería importante formular un marco legal básico para el funcionamiento de este método inspirado tanto en los principios generales de la contratación pública como en los principios que fueran peculiares al funcionamiento de las SEI. Se citaron como principios importantes al respecto el de que se respetara el anonimato de los

concursantes y el de que se definieran claramente las especificaciones del contrato, y se dieran a conocer a los concursantes antes de iniciarse la subasta. También se insistió en la importancia de que se salvaguardara el anonimato de los concursantes, con el objetivo más amplio de preservar la libertad y equidad de la competencia comercial.

90. A la luz de la experiencia de uno, al menos, de los países, se dijo que la subasta electrónica inversa podía resultar un instrumento caro para la adjudicación del contrato de una única entidad adjudicadora, ya que se solía contratar a terceros proveedores. Por ello, se alentó la práctica de fundir varios pedidos en uno.

91. Prevaleció inicialmente el parecer de que se formulara la normativa de la subasta de modo que el precio fuera el único criterio de adjudicación aplicable en el marco de una SEI. Permitir todo otro criterio daría pie a abusos, dado que propiciaría que se recurriera a factores subjetivos para cuantificar esos otros criterios. Se expresó la opinión de que fijar un límite inferior al precio de toda oferta admisible sentaría una base sólida para la buena gestión de las SEI y constituiría una salvaguardia contra la presentación de ofertas anormalmente bajas.

92. Se prefirió también que se limitara la aplicabilidad de las subastas electrónicas inversas a las mercancías y demás productos básicos normalizados. Se señaló que incluso ciertos servicios normalizables (por ejemplo, los servicios de limpieza) podían tener elementos cualitativos, que harían que su adjudicación por medio de una SEI supusiera riesgos para la calidad del servicio prestado. Se dijo, en sentido contrario, que no convenía circunscribir las SEI a ciertas categorías particulares de contrato, dado que en la etapa actual no era posible prever aún cómo evolucionaría este método. Conforme sugería la experiencia de algunos países, cabía adjudicar contratos de servicios por conducto de una SEI, incluso en supuestos en los que la calidad fuera importante, mediante el recurso a un método estructurado en dos etapas, en la que la primera se destinara a la evaluación de los aspectos cualitativos del contrato.

93. Se formularon varias objeciones a que se previera exclusivamente el Modelo 1 de las subastas electrónicas inversas, ya que dicho modelo presuponía un procedimiento plenamente automatizado que sería difícil de instaurar, particularmente en la etapa de transición o de desarrollo inicial, sin incurrir en el riesgo de excluir a un número importante de proveedores eventuales.

94. Se convino en que las subastas electrónicas inversas no se limitaran a un único método de contratación, a fin de no prejuzgar su evolución. También debería permitirse que esas subastas constituyeran una fase optativa de algunos métodos de contratación pública.

2. Condiciones para el empleo de la subasta electrónica inversa (A/CN.9/WG.I/WP.43, párrafos 9 a 37)

95. Se propuso incluir el texto que figura a continuación al final del capítulo III ("Procedimiento de licitación"), como nueva sección IV titulada "Subastas electrónicas inversas" en la que se agruparían todas las disposiciones relacionadas con esas subastas, incluidos los proyectos de artículo 47 *bis* y *ter*:

"Artículo [36 *bis*]. Condiciones para el empleo de subastas electrónicas inversas

Una entidad adjudicadora podrá entablar un procedimiento de contratación pública recurriendo a una subasta electrónica inversa de conformidad con lo dispuesto en los artículos 47 *bis* y *ter* cuando se den las siguientes circunstancias:

a) Cuando sea posible para la entidad adjudicadora formular especificaciones detalladas y precisas para los bienes, las obras y los servicios;

b) Cuando exista un mercado competitivo de proveedores o contratistas de los que se sepa que están cualificados para participar en la subasta electrónica inversa de modo que se garantice una competencia efectiva;

c) Cuando se trate de

i) bienes comúnmente utilizados cuyas características sean generalmente conocidas en el mercado; o

ii) servicios u obras generalmente utilizados cuyas características sean generalmente conocidas en el mercado y siempre y cuando los servicios o las obras sean de carácter simple; y

d) Cuando el precio sea el único criterio determinante para seleccionar la oferta ganadora;

o e) [opción para el legislador: cuando el precio y otros criterios que puedan expresarse en cifras o transformarse en unidades monetarias y puedan evaluarse automáticamente se vayan a utilizar para determinar la oferta ganadora.]"

96. Se apoyó el enunciado sugerido que, según se observó, representaba una solución de transacción redactada en términos lo suficientemente amplios y flexibles para permitir la evolución de las subastas electrónicas inversas dentro de ciertos parámetros. Hubo acuerdo en el Grupo de Trabajo en que todas las disposiciones del artículo 36 *bis* propuesto deberían tomarse como una única disposición, a fin de preservar el efecto de todas las salvaguardias que contienen.

97. Por otra parte, se observó que el texto propuesto favorecía las consideraciones relativas al precio en detrimento de la calidad y que convendría reconsiderar este enfoque. Se respondió que esta situación era inherente a las subastas electrónicas inversas y que, por tanto, en los procesos de contratación pública en que la calidad fuera tan importante como el precio, o incluso más, serían más adecuados otros procedimientos de contratación pública. También se expresaron reservas sobre si el artículo daba suficientes garantías acerca de la conformidad de las ofertas. No obstante, se puntualizó que la cuestión de la conformidad de las ofertas se abordaba en el artículo 47 *bis*.

98. Se propusieron diversas enmiendas al texto. Concretamente, se propuso que a lo largo de todo el texto las palabras "obras o servicios" figuraran siempre entre corchetes (a fin de ajustarse a la terminología de la Ley Modelo); en el párrafo a), se pidió que se suprimiera la referencia a la entidad adjudicadora; en el párrafo c) se pidió que se suprimieran las palabras "las características de"; en el inciso ii) del párrafo c), se pidió que se pusieran entre corchetes las palabras "sean generalmente

conocidas en el mercado"; y en el párrafo e) optativo se pidió que se insertara el término "únicamente" antes de las palabras "otros criterios"; que se estudiara la idoneidad y la ubicación de las palabras "opción para el legislador"; que se examinaran otras variantes de "puedan evaluarse automáticamente", como por ejemplo "puedan evaluarse en procesos automáticos"; en la versión inglesa se sustituyera la palabra "bid" (oferta) por "tender"; y que se considerara el párrafo d) con el párrafo optativo e) como variante del párrafo d).

99. Con respecto al párrafo a) se observó también que ese párrafo podría resultar redundante si se tenía en cuenta el párrafo d) del artículo 27de la Ley Modelo y se pidió que el Grupo de Trabajo reexaminara la cuestión. Con respecto al párrafo e), se expresaron dudas sobre si en ese párrafo debería permanecer en la Ley Modelo o trasladarse a la Guía.

100. Se sugirió que en la Guía se explicara que las obras o los servicios normalmente no cumplirían los requisitos de las subastas electrónicas inversas, a menos que fueran de un carácter sumamente simple. Esta sugerencia recibió un firme apoyo y a este respecto se hizo una referencia al párrafo 35 del documento A/CN.9/WG.I/WP.43, en particular a sus disposiciones sobre los productos básicos que, según se dijo, deberían mantenerse como texto de la Guía que acompañara al artículo 36 *bis* propuesto. Se señaló asimismo que, si bien el artículo propuesto preveía criterios distintos del precio para las subastas electrónicas inversas, en la Guía debería advertirse de los posibles peligros que podrían surgir si se incluían en ella otros criterios. En otra propuesta, se sugirió que se aclarara que el término "cualificados", utilizado en el apartado b), no debería significar que en las subastas electrónicas inversas hubiera de recurrirse necesariamente a una precalificación.

101. Entre otras consideraciones que se sugirió que figuraran en la Guía cabe destacar la necesidad de asegurar el anonimato de los licitantes (señalándose el requisito de que, por consiguiente, las subastas electrónicas inversas se celebraran únicamente por vía electrónica); que las subastas electrónicas inversas serían una ronda única y final antes de seleccionar al ganador a fin de impedir abusos; el precio de la oferta ganadora figuraría en el contrato, inclusive en los casos de acuerdos marco; se especificarían claramente por adelantado la apertura y la clausura de las subastas; y la importancia de que en la subasta participe un número suficiente de proveedores a fin de asegurar la competencia. Se comentó que el tipo de criterios distintos del precio que se preveían eran, entre otros, los plazos de entrega y consideraciones técnicas. El Grupo de Trabajo convino en que no se tuvieran en cuenta para una subasta más que los criterios del apartado d) y del apartado facultativo e).

102. Además, para preservar los beneficios de las subastas electrónicas inversas como instrumento eficaz y para mitigar las dificultades en la redacción de especificaciones precisas, se sugirió que en la Guía se aconsejara un vocabulario común para la contratación pública en que se identificaran los bienes, las obras o los servicios mediante códigos o mediante una referencia a normas generales definidas en el mercado (es decir, productos normalizados). También se sugirió que se elaboraran listas de bienes, obras o servicios que no fueran apropiados para subastas electrónicas inversas o que se elaborara una lista en la que se describieran las características de los bienes, obras o servicios, que, de existir, harían que las

subastas electrónicas inversas resultaran adecuadas (en vez de elaborar una lista positiva que sería difícil de actualizar). A este respecto se hizo referencia al párrafo 35 del documento A/CN.9/WG.I/WP.43.

103. Con respecto al término "normalizado", que figuraba en artículo 19 *bis* propuesto en el documento A/CN.9/WG.I/WP.43 y que no se reflejaba en el artículo 36 *bis* propuesto, se prefirió evitar ese término, pues podía dar pie a distintas interpretaciones y por lo tanto dar lugar a una revisión. La expresión "comúnmente utilizados" se consideró que tenía el mismo objetivo que la de "generalmente disponibles", con un significado fácilmente comprensible y más uniforme, aunque cabía retener ambas expresiones. Se convino también en que no se requeriría la aprobación de ningún tercero para realizar una subasta electrónica inversa. Tal como se desprendía del lugar de inserción propuesto para el artículo, se entendía en el Grupo de Trabajo que las subastas electrónicas inversas serían esencialmente una parte de procedimientos de licitación, sin que se excluyera la posibilidad de utilizarlo como método único o como una fase en acuerdos marco con varias etapas.

104. Se pidió a la Secretaría que reconsiderara el ejemplo enunciado en el párrafo 32 del documento A/CN.9/WG.I/WP.43, así como la adición en el párrafo 5 del texto de la Guía propuesto para el artículo 19 *bis*.

3. Procedimientos durante el período anterior a la subasta (A/CN.9/WG.I/WP.43, párrafos 38 a 53)

105. En lo que respecta a la propuesta de artículo 47 *bis* se preguntó si ese artículo preveía la posibilidad de que los proveedores se retiraran de la subasta electrónica inversa antes de que finalizara. Se dijo que en el artículo no había ninguna disposición expresa, pero la obligación continua que tenía la entidad adjudicadora de asegurar un nivel suficiente de competencia implicaba que los proveedores podían efectivamente retirarse. También se comentó que en algunos ordenamientos no se permitía a los proveedores retirarse una vez que se hubieran comprometido a participar en la subasta electrónica inversa.

106. Se indicó además que había dos tipos distintos de subastas electrónicas inversas que cabía prever: en la primera se realizarían toda la serie de pasos de un procedimiento ordinario de licitación, incluida la evaluación de la conformidad de la oferta inicial y de las calificaciones de los proveedores, con todas las salvaguardias del sistema del sobre sellado. Subsiguientemente, todos los proveedores cualificados serían invitados a participar en la subasta electrónica inversa en la que se determinaría la oferta ganadora. En tal sistema, sería posible que los proveedores se retiraran, dado que la evaluación previa a la subasta aseguraba que el ganador podía cumplir el contrato.

107. En el segundo tipo de subasta electrónica inversa no habría evaluación inicial y no se haría un control de la conformidad de la oferta o de las calificaciones del proveedor hasta que se cerrara la subasta electrónica inversa. Se señaló al Grupo de Trabajo la existencia de subastas electrónicas inversas que ya se desarrollaban de esta manera y que esos procedimientos podían reducir al mínimo el riesgo de fraude en el transcurso de la subasta, dado que la información confidencial que se presentaría en la oferta inicial no estaría disponible antes de la subasta propiamente dicha. En este sistema, los proveedores simplemente confirmaban su aceptación de

las especificaciones y que estaban cualificados para participar en el proceso por vía electrónica cuando diera comienzo la subasta electrónica inversa. Se observó que la evaluación de la conformidad y de las calificaciones realizada posteriormente a la subasta planteaba el riesgo de que se comprobara entonces que el proveedor ganador no estaba cualificado o que su oferta no cumplía los requisitos, en cuyo caso se adjudicaría el contrato a otro proveedor (de conformidad con reglas definidas). En este sistema, dado que no había garantía de que el proveedor ganador pudiera cumplir el contrato, tal vez no fuera aconsejable permitir que los proveedores se retiraran.

108. El Grupo de Trabajo consideró que la Ley Modelo debería ser suficientemente flexible para permitir ambos tipos de procedimiento, siempre y cuando hubiera salvaguardias suficientes para la protección contra el fraude y los abusos. El Grupo de Trabajo pidió que se enmendara el artículo 47 *bis* propuesto para dar al texto suficiente flexibilidad a este respecto. En cuanto al texto actual, se convino en que el párrafo 2 debería disponer que cuando se previera el primer tipo de subastas electrónicas inversas, los proveedores o contratistas deberían presentar, antes de la subasta, ofertas iniciales que fueran completas en todos los aspectos. También se convino que en la versión inglesa del artículo se empleara el término "tenders", en vez de "bids", y en que se buscaría un término más apropiado que "elementos" para las partes de la licitación que estuvieran sujetas a la subasta electrónica inversa.

109. El Grupo de Trabajo consideró que en la Guía para la incorporación al derecho interno debería explicarse que las disposiciones de la Ley Modelo tenían la finalidad de prever la suficiente flexibilidad para que las subastas electrónicas inversas pudieran realizarse de las dos formas, descritas en los párrafos 106 y 107 *supra*, en función de las circunstancias que prevalecieran en el país pertinente. Además, en la Guía deberían regularse las salvaguardias que deberían existir para que ambos sistemas pudieran funcionar conforme a los objetivos y a los procedimientos principales de la Ley Modelo, inclusive cuando hubiera diferencias entre las subastas y dichos procedimientos principales.

110. En lo que respecta a la posibilidad de que los proveedores se retiren de la subasta electrónica inversa y de que se garantice una competencia efectiva, se convino en que el párrafo 3 d) dispusiera lo siguiente:

> "La entidad adjudicadora se asegurará de que el número de proveedores o contratistas invitados a participar en la subasta es suficiente para asegurar una competencia efectiva. Si en cualquier momento antes de la clausura de la subasta el número de proveedores o contratistas es insuficiente para asegurar una competencia efectiva, en opinión de la entidad adjudicadora, esta [podrá/deberá] retirar la subasta electrónica inversa."

El Grupo de Trabajo convino en examinar en su siguiente período de sesiones si la entidad adjudicadora debería tener la opción, o la obligación, de retirar la subasta electrónica en tales circunstancias, teniendo en cuenta si los proveedores deberían poder o no retirarse de la subasta. El Grupo de Trabajo consideró que en la Guía para la incorporación al derecho interno debería concretarse en qué casos podían los proveedores retirarse de la subasta electrónica inversa antes de su clausura y de qué forma podían hacerlo.

F. Nota de la Secretaría sobre posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: textos normativos propuestos en relación con el empleo de comunicaciones electrónicas en la contratación pública, presentada al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su noveno período de sesiones

(A/CN.9/WG.I/WP.42 y Add.1) [Original: inglés]

ÍNDICE

Párrafos

I. Introducción 1-4

II. Anteproyecto de texto revisado de la Ley Modelo y de la Guía para su incorporación al derecho interno 5-45

A. Orientación general para la redacción (A/CN.9/WG.I/WP.38, párrafos 14 a 16, y A/CN.9/590, párrafo 16) 5-6

B. Equivalencia funcional de todos los métodos de comunicación, publicación, intercambio o almacenamiento de información o documentos (A/CN.9/WG.I/WP.38, párrafos 24 a 29, y A/CN.9/590, párrafos 19 a 27) 7-16

1. Propuesta de nuevo texto para la Ley Modelo: nuevo artículo 4 *bis* 7

Comentario 8-12

2. Texto de la Guía para la incorporación al derecho interno que hace referencia a las comunicaciones electrónicas durante el proceso de contratación pública 13

a) Observaciones generales introductorias en la Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno (A/CN.9/590, párrafos 17 y 18, y A/CN.WG.I/WP.38, párrafo 23) 13

Comentario 14

b) El artículo 4 *bis* en la Guía para la incorporación al derecho interno 15-16

C. Normas de accesibilidad (A/CN.9/WG.I/WP.38, párrafos 30 a 32, y A/CN.9/590, párrafos 28 a 33) 17-19

1. Nuevo texto propuesto para la Ley Modelo: nuevo artículo 4 *ter* 17

Comentario 18

2. El artículo 4 *ter* en la Guía para la incorporación al derecho interno 19

D. Forma de las comunicaciones (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, párrafos 1 a 5, y A/CN.9/590, párrafos 34 a 42) 20-28

1. Propuestas de revisión del artículo 9 de la Ley Modelo 20

Comentario 21-25

2. El artículo 9 de la Ley Modelo en la Guía para la incorporación al derecho interno 26

Comentario 27-28

E. Validez jurídica de un contrato adjudicado por vía electrónica (A/CN.9/590, párrafo 44, y A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, párrafos 13 a 15) 29-30

1. Propuestas de revisión de la Guía para la incorporación al derecho interno en relación con el artículo 36 de la Ley Modelo 29

Comentario 30

F. Obligación de llevar un expediente del proceso de adjudicación (A/CN.9/590, párrafos 24 y 45, y A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, párrafos 16 a 18) 31-32

1. Propuesta de adición al artículo 11 de la Ley Modelo 31

2. Texto de la Guía que aborda el artículo 11 de la Ley Modelo 32

G. Presentación por vía electrónica de las ofertas, propuestas o cotizaciones (A/CN.9/590, párrafos 46 a 49, y A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, párrafos 19 a 23) 33-34

1. Propuestas de revisión del texto del artículo 30 de la Ley Modelo 33

Comentario 34

H. Apertura de ofertas presentadas por vía electrónica (A/CN.9/590, párrafos 50 y 51, y A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, párrafos 28 a 32) 35-37

1. Propuestas de revisión del texto del artículo 33 de la Ley Modelo 35

Comentario 36-37

I. Publicación electrónica de información concerniente a la contratación pública (A/CN.9/WG.I/WP.39/Add.1, párrafos 34 a 42, y A/CN.9/590, párrafos 52 a 63) 38-45

1. Propuestas de revisión del texto del artículo 5 de la Ley Modelo 38

Comentario 39-43

2. Disposiciones propuestas para la publicación de información sobre contratos próximamente adjudicables 44

3. Texto de la Guía que aborda la publicación de información suplementaria sobre la contratación 45

a) Publicación de información suplementaria sobre la contratación pública 45

b) Publicación de información sobre oportunidades que se presentarán próximamente 45

III. Cuestiones pendientes relativas al empleo de las comunicaciones electrónicas en el proceso de contratación pública: alcance de la Ley Modelo y de la Guía para la incorporación al derecho interno (A/CN.9/WG.I/WP.38, párrafos 4 a 23, y A/CN.9/590, párrafos 12 a 16) 46-48

I. Introducción

1. Los antecedentes de la actual labor de revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (en adelante, "la Ley Modelo") (A/49/17 y Corr.1, anexo I) por el Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) se recogen en los párrafos 5 a 43 del documento A/CN.9/WG.I/WP.41, que estará a la disposición del Grupo de Trabajo en su noveno período de sesiones. La principal tarea del Grupo de Trabajo es actualizar y revisar la Ley Modelo, a fin de tener en cuenta la evolución reciente, en la contratación pública, incluida la utilización de comunicaciones y tecnologías electrónicas.

2. Esta utilización, que incluye la presentación de ofertas y la convocatoria de licitaciones por vía electrónica, así como la celebración de reuniones, el almacenamiento de información y la publicación por vía electrónica de información relativa a la contratación pública, formó parte de los temas de los que se ocupó el Grupo de Trabajo en sus períodos de sesiones sexto a octavo[1]. En su sexto período de sesiones (Viena, 30 de agosto a 3 de septiembre de 2004), el Grupo de Trabajo mantuvo un intercambio de opiniones preliminar sobre esas cuestiones y pidió a la Secretaría que preparara material de redacción al respecto para poder examinarlo en su séptimo período de sesiones (A/CN.9/568, párrs. 29 y 40).

3. En su séptimo período de sesiones (Nueva York, 4 a 8 de abril de 2005), el Grupo de Trabajo examinó este material de redacción y pidió a la Secretaría que lo revisara con miras al octavo período de sesiones. El Grupo de Trabajo también pidió a la Secretaría que preparara un estudio en el que se analizaran las prácticas seguidas en diversos regímenes de contratación pública en lo relativo a la publicación de información sobre contratación pública, cuya publicación no era actualmente necesaria según la Ley Modelo, en relación con el examen de una posible ampliación del artículo 5 de la Ley Modelo ("Acceso del público a los textos normativos") y toda otra nueva disposición o directriz (A/CN.9/575, párrs. 9, 27 y 31).

4. En su octavo período de sesiones (Viena, 7 a 11 de noviembre de 2005), el Grupo de Trabajo examinó el material de redacción revisado y el estudio, y pidió a la Secretaría que preparara material revisado para su ulterior examen (A/CN.9/590, párr. 10). La presente nota se ha preparado de conformidad con lo solicitado.

II. Anteproyecto de texto revisado de la Ley Modelo y de la Guía para su incorporación al derecho interno

A. Orientación general para la redacción (A/CN.9/WG.I/WP.38, párrafos 14 a 16, y A/CN.9/590, párrafo 16)[2]

5. El Grupo de Trabajo ha tomado nota de que las revisiones propuestas para la Ley Modelo deben permitir la utilización de la contratación pública por medios electrónicos asegurando que en la Ley Modelo se reconozca una categoría equivalente a todas las formas de comunicación. Si bien, en su caso, deben

[1] En lo que respecta a las subastas electrónicas inversas, véase A/CN.9/WG.I/WP.43 y Add.1.

[2] Véase también A/CN.9/WG.I/WP.38, capítulo II, sección B, subsección 2 b).

promoverse las comunicaciones electrónicas, no deberían discriminarse las comunicaciones tradicionales sobre papel (véase más adelante el párrafo 15)[3]. El Grupo de Trabajo ha confirmado que las disposiciones de la Ley Modelo deben basarse en principios generales de equivalencia funcional y neutralidad tecnológica[4], que son los que se recogen en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996) (en adelante, "la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico")[5].

6. Además, el Grupo de Trabajo ha decidido aplicar salvaguardias apropiadas en la selección de los medios de comunicación por parte de la entidad adjudicadora, a fin de que estas no discriminen a proveedores y contratistas de que seleccionen medios que estén suficientemente extendidos (estos conceptos se conocerán en el texto como "normas de accesibilidad")[6].

B. Equivalencia funcional de todos los métodos de comunicación, publicación, intercambio o almacenamiento de información o documentos (A/CN.9/WG.I/WP.38, párrafos 24 a 29, y A/CN.9/590, párrafos 19 a 27)

1. Propuesta de nuevo texto para la Ley Modelo: nuevo artículo 4 *bis*

7. En su octavo período de sesiones, el Grupo de Trabajo decidió proseguir sus deliberaciones sobre la base de la variante B del proyecto de artículo 4 *bis* de la Ley Modelo enunciado en el párrafo 25 del documento A/CN.9/WG.I/WP.38, con las enmiendas que figuran a continuación y que se convinieron durante aquel período de sesiones[7]. En la adición del presente documento (A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, párr. 1) pueden verse las revisiones, con los cambios subrayados y tachados, hechos en el texto anterior.

> **"Artículo 4 *bis*. Equivalencia funcional de todo [medio] [método] utilizable para comunicar, publicar, intercambiar o archivar información o documentos**
>
> Se entenderá que toda disposición de la presente Ley relativa al requisito de la forma escrita, a la publicación de información, a la presentación de ofertas en un sobre sellado, a la apertura de licitaciones, a un registro o a una reunión incorporará [cualquier medio de tal actividad [que incluya, aunque no

---

[3] Véase también A/CN.9/590, párrafo 16.

[4] Véase A/CN.9/WG.I/WP.34, párrafo 13, A/CN.9/575, párrafo 12, A/CN.9/WG.I/WP.38, párrafo 16, y A/CN.9/590, párrafo 19.

[5] El texto de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico figura en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/51/17), anexo I (también publicada en el Anuario de la CNUDMI, vol. XXVII: 1996 (publicación de las Naciones Unidas, número de venta, S.98.V.7), tercera parte, anexo I). La Ley Modelo y la Guía para su incorporación al derecho interno, que la acompaña, han sido objeto de una publicación de las Naciones Unidas con número de venta S.99.V.4 y también está disponible en forma electrónica en el sitio web de la CNUDMI (www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html).

[6] Véase la sección C *infra* y A/CN.9/575, párrafos 12 a 14.

[7] A/CN.9/590, párrafos 19 a 26, basado en A/CN.9/575, párrafo 12.

exclusivamente] el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o la telecopia], siempre y cuando el medio elegido cumpla con las [disposiciones del/normas de accesibilidad enunciadas en el] artículo [4 *ter*][8]."

Comentario

8. El Grupo de Trabajo ha decidido provisionalmente suprimir de este artículo las "normas de accesibilidad" e insertarlas en otra parte de la Ley Modelo revisada, así como examinar por separado su enunciado (véanse también los párrafos 17 y 18 *infra*)[9].

9. El Grupo de Trabajo ha pedido también que, a fin de asegurar la objetividad, se sustituya la frase "siempre y cuando el Estado promulgante o la entidad adjudicadora tengan la convicción de que tal utilización cumpla con las [normas de accesibilidad]" por la frase "siempre y cuando tal utilización cumpla con las [normas de accesibilidad]"[10]. La pequeña revisión hecha en la última frase del artículo es solo una revisión de estilo.

10. Se ha ampliado el texto para que abarque también la publicación de información relacionada con la contratación pública, la convocatoria electrónica de licitaciones y el requisito de que se presente un documento en un sobre cerrado[11].

11. El Grupo de Trabajo ha aplazado su examen de la cuestión de si en el título y en el texto del artículo debe emplearse la palabra "medios" o el término "métodos"[12]. Ambos figuran en textos de las Naciones Unidas y de la CNUDMI. Por ejemplo, en la resolución de la Asamblea General por la que se adopta la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico[13] se hace referencia a los "métodos de comunicación", y en el texto de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico se emplea la expresión "medios de comunicación", al igual que en el artículo 9.2 de la actual Ley Modelo.

12. El Grupo de Trabajo tal vez desee también examinar si las palabras "toda vía de comunicación electrónica, óptica o comparable" son suficientemente amplias para englobar la información incorporada a las páginas de Internet.

2. Texto de la Guía para la incorporación al derecho interno que hace referencia a las comunicaciones electrónicas durante el proceso de contratación pública

13. En el texto revisado que figura a continuación figuran los párrafos del texto original después del párrafo 23 de A/CN.9/WG.I/WP.38 que se han enmendado (los párrafos 1, 5, 11, 12, 15 y 16 del proyecto anterior, que siguen iguales, no se repiten). Las revisiones del texto anterior pueden verse, con los cambios subrayados

---

[8] El Grupo de Trabajo tal vez recordará que la primera formulación es más común en la Ley y en la Guía, pero tal vez desee plantearse si una referencia explícita a las "normas de accesibilidad" serían de mayor utilidad para el lector.

[9] A/CN.9/590, párrafos 25 y 26.

[10] Véase también A/CN.9/590, párrafo 24.

[11] A/CN.9/590, párrafos 22 y 26.

[12] A/CN.9/590, párrafo 27.

[13] Resolución 51/162 de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 1996.

y tachados en el suplemento del presente documento (A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, párrafo 2).

a) Observaciones generales introductorias en la Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno (A/CN.9/590, párrafos 17 y 18, y A/CN.9/WG.I/WP.38, párrafo 23)

"i) Disposiciones que rigen la utilización de las comunicaciones electrónicas en el proceso de contratación pública[14]

1) sin cambios

2) Desde que se adoptó la Ley Modelo en 1994 se ha extendido rápidamente la utilización de las comunicaciones y tecnologías electrónicas en la contratación pública (que incluye la utilización de equipo electrónico para el procesamiento, la compresión digital y el almacenamiento de los datos transmitidos, transferidos y recibidos por cable, por radio, por medios ópticos o por otros medios electromagnéticos), incluida la utilización de los métodos de contratación pública basados en Internet, que en la presente Guía se denominarán en general "contratación pública por vía electrónica"[15]. Se ha observado que la contratación pública por vía electrónica ofrece muchos beneficios potenciales, incrementando el valor del dinero con una competencia más rigurosa en un mercado más amplio de contratación pública, mejor información para los proveedores y contratistas y técnicas más competitivas, economías de tiempo y de gastos, una mejor administración de los contratos adjudicados y, en algunos casos, un mejor cumplimiento de las reglas y políticas y menos oportunidades de corrupción y de abusos. Además, la contratación pública por vía electrónica brinda valiosas oportunidades para mejorar la confianza del público y la transparencia en el proceso de contratación pública. Por consiguiente, la Comisión consideró que debía incorporar a su texto disposiciones que permitieran la utilización de la contratación pública por vía electrónica.

3) No obstante, puede ser necesario que los controles de la utilización de la contratación pública electrónica se centren en la posible discriminación cuando no exista la infraestructura necesaria, cuestiones de seguridad, confidencialidad y autenticidad en las comunicaciones electrónicas, así como en las repercusiones de los métodos modernos de contratación pública sobre [otros] objetivos de política. En las revisiones de la Ley Modelo de 1994 se trata de abordar esos problemas y en la presente Guía se fijan los objetivos de las revisiones propiamente dichas.

---

[14] El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la cuestión de si las subdivisiones en el texto del proyecto de guía que fueron incluidas en él para facilitar la consulta durante el proceso de redacción, deberían o no figurar en el texto definitivo. Por una parte, las subdivisiones son medios útiles para la consulta, pero por otra, pueden restar fluidez al texto.

[15] Esta adición obedece a la solicitud del Grupo de Trabajo de que en la Guía se incluya una descripción de la palabra "electrónico" y de términos conexos en vez de incluir una definición de dichos términos en la Ley Modelo propiamente dicha (véanse también A/CN.9/590, párrafo 43, A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, párrafos 6 a 12).

4) Si bien algunas de las cuestiones que plantea la contratación pública por vía electrónica pueden tener cabida entre las disposiciones de la Ley Modelo de 1994 (también mediante la interpretación de las leyes y los reglamentos existentes, como se enuncia en la Guía para la incorporación al derecho interno de 1994), la Comisión ha revisado el texto de la Ley Modelo para introducir disposiciones apropiadas o aclaraciones cuando sea necesario y, en su caso, para promover la utilización de la contratación pública por vía electrónica como medio para cumplir los objetivos de la Ley Modelo en sí. El objetivo de las disposiciones es asegurar que todos los [medios/métodos] de comunicación reciban un trato equivalente en la Ley Modelo y que su utilización esté sujeta a salvaguardias apropiadas para que las entidades adjudicadoras, a la hora de seleccionar los medios de comunicación para una contratación pública, [no hagan discriminaciones entre los proveedores y contratistas] [seleccionen los medios [generalmente] [razonablemente] [comúnmente] disponibles [y que sean compatibles [o intercambiables] con los medios de utilización común o general]. Cabe señalar que esas disposiciones tienen la finalidad de ser aplicables a la contratación pública internacional y nacional, a fin de asegurar el acceso a los mercados nacionales de proveedores no nacionales, incluso cuando pueda haber una desigualdad entre las infraestructuras electrónicas disponibles de los posibles proveedores y contratistas.

ii) Interacción entre la legislación sobre contratación pública y la que rige el comercio electrónico

5) sin cambios

6) Uno de los principales requisitos para la utilización eficaz de las comunicaciones electrónicas es la seguridad o certeza en cuanto al reconocimiento jurídico, a la validez y a la ejecutabilidad de las comunicaciones electrónicas generadas durante el proceso de contratación. En consecuencia, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico trata de lograr que las operaciones comerciales puedan realizarse electrónicamente ofreciendo seguridad en la utilización de las comunicaciones electrónicas de modo que los requisitos de comunicaciones y documentos “escritos” u “originales”, las formalidades de la formación de los contratos y la admisibilidad de las pruebas ante los tribunales engloben tanto las comunicaciones y documentos realizados por escrito como las comunicaciones electrónicas.

7) La Ley Modelo sobre Comercio Electrónico prevé el principio general de la equivalencia funcional entre las comunicaciones, de modo que las comunicaciones electrónicas gozan del mismo grado de reconocimiento que los documentos sobre papel, siempre que sean universalmente legibles, permanezcan inalterados con el paso del tiempo y puedan ser reproducidas (cada parte debe tener una copia de los mismos datos), puedan ser autenticadas por medio de una firma y se presenten de una forma aceptable para las autoridades públicas y los tribunales.

8) Los artículos 5, 6, 7 y 8 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico prevén la importancia de la equivalencia funcional entre las comunicaciones sobre papel y las electrónicas y regulan el “reconocimiento jurídico de los

mensajes de datos [comunicaciones electrónicas]" y los conceptos de "escrito", "firmas", y "original". Al leer conjuntamente estas disposiciones, el efecto resultante es que las comunicaciones electrónicas tienen el mismo grado de reconocimiento jurídico y de validez que las comunicaciones sobre papel, de modo que no se les denegará eficacia jurídica, validez ni ejecutabilidad por la mera razón de que sean comunicaciones electrónicas, y no comunicaciones sobre papel.

9) suprimido

10) Las consideraciones específicas que se plantean cuando los documentos se firman electrónicamente y cuando los contratos se celebran por medio electrónicos se analizan en el comentario sobre el artículo 36 (véase, más adelante, "Aceptación de una oferta y entrada en vigor del contrato").

11) sin cambios

iii) Forma de permitir la utilización de comunicaciones electrónicas en la Ley Modelo revisada

12) sin cambios

13) Las disposiciones presentadas en esta Ley Modelo revisada establecen que todo requisito de que se presente un escrito, de publicación de información, de presentación de ofertas y de convocatoria a licitación, para un registro o una reunión, enunciado en la propia Ley Modelo, podrá tenerse por satisfecho si se utilizan medios de comunicación, electrónicos o de otra índole, con idéntico efecto. (En el contexto de una reunión, la utilización de comunicaciones electrónicas significa que los participantes podrán seguir la reunión, o participar en ella, por alguna vía electrónica de comunicación.) Si bien la validez jurídica de esas comunicaciones debería regularse explícitamente en la legislación general sobre comercio electrónico de un Estado promulgante, el contexto de la contratación pública requiere disposiciones específicas y suplementarias en aspectos como la presentación de ofertas, conforme a lo dispuesto en los artículos 27 h), q), r) y z), 30, 31 2) y 33 de la Ley Modelo [1994] [actualizar las referencias cruzadas]. En tales casos, se dan la razones y se indican los objetivos de las disposiciones en la sección pertinente de la presente Guía [insértense aquí las referencias cruzadas].

14) En la versión revisada de la Ley Modelo se alienta también, en su caso, (pero generalmente sin exigirlo) la utilización de medios electrónicos en la contratación pública. No obstante, la entidad adjudicadora podrá requerir la utilización de comunicaciones electrónicas en el proceso de contratación pública en virtud de los artículos [4 *ter* y 9], y la contratación pública deberá hacerse por vía electrónica en el caso de [referencia cruzada a la contratación pública por vía electrónica, por ejemplo, a las subastas electrónicas inversas y a los sistemas de adquisiciones dinámicas].

15), 16) sin cambios"

Comentario

14. El párrafo 4, que figura más arriba, se ajustará a la redacción de las "normas de accesibilidad" (véanse también los párrafos 17 y 18 *infra*). El Grupo de Trabajo ha tomado nota de que la Guía para la incorporación al derecho interno debe abordar la discriminación que puede surgir a raíz de los distintos niveles de infraestructura[16], y, por consiguiente, tal vez desee tomar en consideración las orientaciones sugeridas en la última frase del párrafo 4.

b) El artículo 4 *bis* en la Guía para la incorporación al derecho interno

15. El texto de la Guía referente al artículo 4 *bis*, que se redactará una vez que se haya resuelto el texto de las disposiciones de la Ley Modelo, dispondrá que la finalidad de la disposición es asegurar la equivalencia funcional de todas las formas de comunicación y hará remisiones a la introducción general. Si bien el carácter relativamente novedoso de las comunicaciones electrónicas puede justificar algún tipo de explicación que las formas tradicionales no requieren, el texto se redactará de modo que no caiga en desuso.

16. El Grupo de Trabajo ha pedido que se amplíe la descripción genérica de las cuestiones abordadas por el artículo. Por consiguiente, en la Guía se pondrá de relieve la necesidad de que el artículo se interprete con criterios amplios, de modo que cumpla todo requisito que implique una presencia física o documento sobre papel[17].

C. Normas de accesibilidad (A/CN.9/WG.I/WP.38, párrafos 30 a 32, y A/CN.9/590, párrafos 28 a 33)

1. Nuevo texto propuesto para la Ley Modelo: nuevo artículo 4 *ter*

17. En su octavo período de sesiones, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisara el proyecto de texto relativo a las "normas de accesibilidad" examinado en dicho período de sesiones, de modo que abarquen todos los medios de comunicación, y no solo los electrónicos[18], y todas las fases de la contratación pública[19], a fin de separar la disposición de la que regula la equivalencia funcional[20], y de basar el proyecto en el texto enunciado en el párrafo 30 del documento A/CN.9/590, con dos posibles adiciones. Las revisiones del texto anterior pueden verse, con los cambios subrayados y tachados, en el párrafo 3 del documento A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1.

---

[16] A/CN.9/590, párrafo 40.

[17] A/CN.9/590, párrafo 22, basado en la lista que figura en el párrafo 25 del documento A/CN.9/WG.I/WP.38.

[18] A/CN.9/590, párrafo 23.

[19] A/CN.9/590, párrafo 36.

[20] Actualmente artículo 4 bis, enunciado más arriba. Véase también A/CN.9/590, párrafo 28.

"**Artículo 4 *ter*. Normas de accesibilidad**

La entidad adjudicadora se cerciorará de que todo [medio/método][21] de comunicación que se vaya a utilizar para publicar, intercambiar o archivar información o documentos o para celebrar alguna reunión y para la presentación de ofertas y la convocatoria a licitación,

No [discriminará [de manera irrazonable]] [no generará una discriminación [irrazonable]] entre los posibles proveedores o contratistas o frente a alguno de ellos ni limitará por lo demás [notablemente] la competencia.

[posibles adiciones]

No supondrá un obstáculo para el proceso de contratación pública; y

de que los [medios/métodos] de comunicación están [generalmente] [razonablemente] [comúnmente] disponibles [y son compatibles [e intercambiables] con los que sean de uso común o general]."

Comentario

18. En su octavo período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en seguir examinando las disposiciones relativas a las "normas de accesibilidad" en su noveno período de sesiones con miras a tratar las siguientes cuestiones:

a) Cuáles o qué combinación de calificaciones de los medios apropiados de comunicación se retendrían: la de que "no representan un obstáculo para el proceso de contratación publica", la de que están "generalmente", "razonablemente", "comúnmente" disponibles, y la de que son "compatibles" o "intercambiables" con los que son de uso común y general (el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar también si la palabra "intercambiable" (en inglés, "interoperable") es excesivamente técnica para este tipo de texto). El Grupo de Trabajo ha observado que el término "generalmente" tiene una connotación de universalidad; que el término "razonablemente" supone otro tipo de consideración (la de que una vez que la tecnología está extendida y resulta relativamente económica ya no sería discriminatorio requerir su utilización); y que el término "comúnmente" significa que la tecnología está muy extendida pero que tal vez no tienen acceso a ella todos los usuarios o una pequeña parte de ellos[22];

b) Si deben suprimirse del párrafo introductorio las palabras "irrazonablemente" y "notablemente" y si la frase debería decir "no discriminará" o "no generará discriminación"[23];

c) Si los conceptos de "disponibilidad general" y de "no discriminación" requieren una disposición aparte, si una de ellas engloba a la otra y si puede haber cierta incoherencia entre ellas[24];

---

[21] Véase el párrafo 11 *supra*.

[22] A/CN.9/590, párrafo 29, y párrafo 4 de las observaciones generales introductivas de la Guía relativas a la utilización de las comunicaciones electrónicas en el proceso de la contratación pública, a continuación del párrafo 13 *supra*.

[23] A/CN.9/590, párrafo 31.

[24] A/CN.9/590, párrafo 32.

d) El lugar donde deben insertarse las disposiciones sobre las "normas de accesibilidad" en el texto de la Ley Modelo. El Grupo de Trabajo ha pedido a la Secretaría que formule propuestas sobre la cuestión para que las examine en su siguiente período de sesiones[25]. Esas propuestas se analizan en el párrafo 22 *infra*.

2. El artículo 4 *ter* en la Guía para la incorporación al derecho interno

19. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar el texto que figura a continuación sobre las "normas de accesibilidad"[26]. Este texto es nuevo y sustituye en su totalidad al que figura en el párrafo 32 del documento A/CN.9/WG.I/WP.38.

"Artículo 4 *ter*. Normas de accesibilidad

1) El artículo 4 *ter* de la Ley Modelo dispone que la entidad adjudicadora podrá elegir el medio a través del cual se comunicará con los proveedores o contratistas durante el proceso de contratación, inclusive durante la presentación de ofertas (cuya presentación por vía electrónica no podría exigirse en virtud del artículo 30 del texto de 1994). El objetivo de la presente disposición es dotar a la entidad adjudicadora de la opción de insistir en un determinado medio de comunicación, como el medio electrónico, sin que tenga que justificar su elección. No obstante, esta opción está sujeta a la regla de que los medios de comunicación cumplan con las "normas de accesibilidad", lo cual será aplicable a cualquier medio de comunicación elegido. Las "normas de accesibilidad" se han incluido en el texto para reforzar las salvaguardias que contiene el artículo contra tratos discriminatorios o prácticas de exclusión por parte de las entidades adjudicadoras, y para impedir que el medio de comunicación elegido resulte un obstáculo para el acceso, a fin de salvaguardar los objetivos de la Ley Modelo.

2) La inclusión de las "normas de accesibilidad" tiene también por objeto orientar a las entidades adjudicadoras a la hora de seleccionar el medio de comunicación apropiado para cada contratación en una época de rápida evolución tecnológica en que pueden surgir nuevas tecnologías que, durante un cierto período, pueden no resultar suficientemente accesibles (ya sea por razones técnicas, por sus costos o por otros motivos). [Agréguense otras deliberaciones sobre la compatibilidad y la intercambiabilidad, y la necesidad subyacente de que exista una red abierta y generalmente disponible para gestionar y transmitir señales digitales.]

3) La obligación de la entidad adjudicadora de cumplir las "normas de accesibilidad" podrá revisarse en el marco del artículo 52, y si se exige que la elección del medio de comunicación se consigne en el expediente mantenido de conformidad con el artículo 11, ello permitirá revisar la decisión de la entidad adjudicadora y su cumplimiento de las "normas de accesibilidad".

---

[25] A/CN.9/590, párrafo 33.

[26] El texto propuesto contiene enmiendas de poca importancia si se comparan con la que se propuso en el octavo período de sesiones para acompañar el artículo 9 revisado de la Ley Modelo, que figura a continuación del párrafo 4 del documento A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1.

4) Las disposiciones tienen también la finalidad de asegurar que los proveedores y contratistas no tengan el derecho a insistir en un determinado medio de comunicación con la entidad adjudicadora y que no quepa inferir la existencia de tal derecho."

D. Forma de las comunicaciones (A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, párrafos 1 a 5, y A/CN.9/590, párrafos 34 a 42)

1. Propuestas de revisión del artículo 9 de la Ley Modelo

20. En su octavo período de sesiones, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que siguiera revisando las adiciones propuestas al texto del artículo 9, enunciadas a continuación del párrafo 3 del documento A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1[27]. Las consiguientes revisiones pueden verse, con los cambios subrayados y tachados, en el suplemento del presente documento (A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, párrafo 4).

"**Artículo 9. Forma de las comunicaciones**

1) Los documentos, las notificaciones, las decisiones y otras comunicaciones [a que se hace referencia en la presente Ley] entre proveedores o contratistas y la entidad adjudicadora se facilitarán, presentarán o aplicarán por el medio de comunicación que haya especificado la entidad adjudicadora cuando solicitó en primer lugar la participación de los proveedores o contratistas en el proceso de contratación pública, siempre y cuando la entidad adjudicadora cumpla, en cada caso, [las disposiciones de/las normas de accesibilidad enunciadas en][28] el artículo [4 *ter*].

2) A reserva de otras disposiciones de la presente Ley, los documentos, las notificaciones, las decisiones y otras comunicaciones [a que se hace referencia en la presente Ley] que deberá presentar la entidad adjudicadora o la autoridad administrativa a un proveedor o contratista o que un proveedor o contratista deberá presentar a la entidad adjudicadora se presentarán en una forma que deje constancia del contenido de la comunicación y sea accesible, de modo que sea utilizable para ulteriores consultas.

3) Las comunicaciones entre proveedores o contratistas y la entidad adjudicadora a que se hace referencia en los artículos 7 4) y 6), 12 3), 31 2) a), 32 1) d), 34 1), 36 1), 37 3), 44 b) a f) y 47 1) [actualícense las revisiones de la Ley Modelo] podrán efectuarse por medio de comunicación que no deje constancia del contenido de la comunicación siempre y cuando se dé de inmediato al receptor de la comunicación la confirmación de la comunicación en una forma que deje constancia de la confirmación y que sea accesible, a fin de poder utilizarse para ulteriores consultas.

4) En los reglamentos de la contratación pública se establecerán medidas para asegurar la accesibilidad de las comunicaciones y la falta de discriminación entre proveedores o contratistas, a fin de dar efecto [a las disposiciones de/normas de accesibilidad enunciadas en] al artículo [4 *ter*],

---

[27] A/CN.9/590, párrafo 42.

[28] Véase la nota 8 *supra*.

y podrán prever medidas para asegurar la autenticidad, la integridad, la accesibilidad y la confidencialidad de las comunicaciones, así como la intercambiabilidad de los sistemas utilizados para transmitirlas y recibirlas[29]."

Comentario

21. El Grupo de Trabajo ha solicitado la eliminación de toda repetición que haya entre esas disposiciones y las relativas a la equivalencia funcional y a las "normas de accesibilidad", y, en consecuencia, se ha eliminado el párrafo 3 del texto existente[30].

22. El Grupo de Trabajo también se ha ocupado de la cuestión de si puede ampliarse el alcance del artículo 9 de modo que la equivalencia funcional y las "normas de accesibilidad" y la forma de comunicación figuren juntas. Sin embargo, el Grupo de Trabajo tal vez considere que con ello se puede crear confusión, habida cuenta del alcance restringido que tenía el artículo anteriormente[31]; que entonces se requerirían otras normas equivalentes para regir la publicación y el almacenamiento de información (artículos 5 y 11 de la Ley Modelo); y que esas adiciones serían repetitivas y alargarían innecesariamente el texto de la Ley Modelo.

23. El párrafo 1 del proyecto que figura más arriba ha sustituido a la disposición del párrafo 1 del texto de la Ley Modelo de 1994 (que permitía a la entidad adjudicadora prescribir la forma de las comunicaciones en el pliego de condiciones), y las propuestas anteriores de párrafos 1 *bis* y 1 *ter* (que permitían a la entidad adjudicadora prescribir el medio de comunicación y la presentación electrónica de ofertas) enuncia una obligación positiva de especificar la forma elegida de comunicación en esos documentos. El Grupo de Trabajo pidió esos cambios en espera de que se ultimaran las deliberaciones sobre la "equivalencia funcional"[32].

24. En los párrafos 1 y 2 figura entre corchetes una referencia a las comunicaciones "a que se hace referencia en la presente Ley". La inclusión de esta frase se ajusta al texto de 1994, pero el Grupo de Trabajo puede considerar que toda comunicación generada entre proveedores o contratistas y la entidad adjudicadora debería estar sujeta a las disposiciones de este artículo, independientemente de si hay o no una referencia expresa en la Ley Modelo.

25. El Grupo de Trabajo también ha pedido que en las disposiciones se requiera a los Estados promulgantes que adopten reglamentos para asegurar la accesibilidad de esas comunicaciones, y los invita que lo hagan debido a las cuestiones técnicas que

---

[29] El Grupo de Trabajo podría considerar que todos los análisis y disposiciones referentes a las "normas de accesibilidad" deberían figurar en un único lugar, como podría ser el artículo 4 *ter*. Si el Grupo lo decide así, podrían reubicarse las disposiciones de este párrafo y el texto pertinente de la Guía (párrafos 3 *bis*, *ter*, *quater* y *quinquies*).

[30] A/CN.9/590, párrafos 35 y 38.

[31] A/CN.9/590, párrafo 34. Por ejemplo, las "normas de accesibilidad" podrían incluirse como condición en el párrafo 1 del proyecto *supra*, y las disposiciones relativas a la equivalencia funcional podrían incluirse después del párrafo 2).

[32] No obstante, si el anterior párrafo 1 bis se mantuviera en la disposición definitiva sobre "equivalencia funcional", el Grupo de Trabajo pidió que el texto en vez de decir "comunicaciones con los proveedores o contratistas" dijera "comunicaciones entre la autoridad adjudicadora y los proveedores o contratistas". Véase también A/CN.9/590, párrafo 37. Esta solicitud se ha aplicado al párrafo 1 propuesto.

plantea la utilización de las comunicaciones electrónicas[33]. No obstante, el Grupo de Trabajo puede considerar que esas cuestiones podrían insertarse junto a las "normas de accesibilidad" en el artículo 4 *ter* propuesto[34].

2. El artículo 9 de la Ley Modelo en la Guía para la incorporación al derecho interno

26. En el texto que figura más abajo se han introducido las revisiones del texto que seguía al párrafo 4 del documento A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1. No hay ninguna revisión antes del párrafo 3 *bis*, con la salvedad de que el Grupo de Trabajo tal vez considere que debe suprimirse el párrafo 2 del texto de 1994, por lo que ese texto no se repite. Las revisiones introducidas en el texto anterior figuran, con los cambios subrayados y tachados, en el suplemento del presente documento (A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, párrafo 5).

"Artículo 9. Forma de las comunicaciones

1) sin cambios

1) *bis*. [El artículo 4 *ter*] de la Ley Modelo permite a la entidad adjudicadora seleccionar el medio de comunicación que va a utilizarse en un determinado proceso de contratación, y las "normas de accesibilidad" (que se aplican igualmente a todos los medios de comunicación, ya sean electrónicos, de papel o de otro tipo) condicionan esa elección, a fin de salvaguardar los objetivos de la Ley Modelo (incluido el objetivo de que el medio de comunicación elegido no debe constituir un obstáculo de acceso). Las disposiciones de este artículo requieren que la elección de la forma de las comunicaciones se especifique en el pliego de condiciones y hacen referencia a una única elección de comunicaciones para cada contratación (y no una para cada proveedor o para cada contratista). Sin embargo, en el pliego de condiciones pueden preverse otros medios de presentación para determinados documentos o tipos de documentos que no puedan presentarse por los medios de comunicación elegidos (como las garantías de ofertas, dibujos complejos y certificados formales de constitución de empresas, pago de impuestos, etc., que (en el momento de escribir) no estén generalmente disponibles en forma electrónica)[35].

2) 3) sin cambios

3) *bis*[36]. Se ha insertado en el texto un nuevo párrafo 3 a fin de señalar a los Estados promulgantes que:

a) Debería haber procedimientos y sistemas apropiados para determinar la autenticidad de las comunicaciones;

---

[33] A/CN.9/590, párrafos 39 y 40.

[34] Véase la nota 29 *supra*.

[35] Este texto sustituye al que se enunciaba en el párrafo 3 bis de la versión anterior. Véase también A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1, párrafos 1 a 4.

[36] El Grupo de Trabajo tal vez desee insertar las disposiciones en este párrafo y en los párrafos siguientes del artículo 4 ter, relativo a las "normas de accesibilidad". Véase la nota 29 *supra*.

b) Los medios empleados para enviar y recibir comunicaciones deberían ser suficientes para asegurar que se preserve la integridad de los datos;

c) Se mantiene el carácter confidencial de la información presentada por los proveedores o relativa a ellos;

d) Los instrumentos o sistemas utilizados para enviar y recibir comunicaciones son plenamente compatibles (o intercambiables);

e) Los medios empleados para enviar y recibir comunicaciones deberían permitir determinar la fecha y, en su caso, el momento de recepción de los documentos. El momento de recepción es un factor pertinente para la aplicación de las reglas del proceso de contratación pública a, por ejemplo, la presentación de solicitudes de participación y de ofertas/propuestas; y

f) Los medios utilizados para enviar y recibir comunicaciones deberían ser seguros, es decir, deberían garantizar que las ofertas y otros documentos importantes no pudieran ser vistos por la entidad adjudicadora ni por otras personas antes de ningún plazo, a fin de evitar que las entidades adjudicadoras comunicaran información sobre otras ofertas a proveedores favorecidos, y para evitar que los ofertantes concurrentes tuvieran acceso a las ofertas de sus competidores.

3) *ter*. Por lo que respecta a las comunicaciones electrónicas, a), b) y c) del párrafo anterior se regularán por la legislación general de comercio electrónico, y tal como se señala en el párrafo [remitir al párrafo correspondiente de la sección de orientación general] *supra*, los Estados promulgantes [podrán/deberán][37] estudiar el grado en que sus respectivas legislaciones prevén controles adecuados de las comunicaciones que pueden generarse en el proceso de contratación pública y verán si se necesita una mayor reglamentación y si hay que hacer referencia a la necesidad de tales controles en sus reglamentaciones de contratación pública. Por ejemplo, las entidades adjudicadoras deberían asegurarse de que sus sistemas tuvieran la capacidad para garantizar la autenticación y la confidencialidad de forma proporcional al riesgo y a la magnitud del daño que pudiera causar una pérdida, un abuso o un acceso no autorizado o la modificación de la información.

3) *quater*. Los apartados d), e) y f) requieren soluciones específicas para la contratación pública, que se deriven sobre todo de la presentación de ofertas por vía electrónica y que se regulan en los párrafos [hacer remisión a los párrafos pertinentes] *infra*.

3) *quinquies*. Los Estados promulgantes tal vez deseen permitir que las entidades adjudicadoras impongan un pago por cualquier sistema de propiedad (como programas informáticos) requerido para las comunicaciones en una determinada contratación pública, pero deberían velar por que las entidades adjudicadoras no pudiesen utilizar esta posibilidad para imponer pagos desproporcionados o para restringir el acceso a la contratación pública."

---

[37] Véase el párrafo 48.

Comentario

27. El Grupo de Trabajo ha tomado nota de que en la Guía para la incorporación al derecho interno debe hacerse hincapié en la equivalencia funcional de todos los medios de comunicación a fin de que no se impongan a las comunicaciones electrónicas criterios de autenticidad, integridad intercambiabilidad y confidencialidad superiores a los impuestos a las comunicaciones sobre papel; además, la Guía debería abordar las cuestiones técnicas planteadas por la utilización de comunicaciones electrónicas y los vínculos entre este artículo y el contenido del pliego de condiciones, que podrían generar excepciones para los documentos no electrónicos (por ejemplo, garantías de la oferta, dibujos y certificados formales como los de constitución de empresa, pago de impuestos, etc.) (véanse los párrafos 1 a 4 del documento A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1)[38].

28. El Grupo de Trabajo también ha pedido que en la Guía se indique que las entidades adjudicadoras podrán imponer un pago conmensurado por los programas informativos requeridos[39].

E. Validez jurídica de un contrato adjudicado por vía electrónica (A/CN.9/590, párrafo 44, y A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, párrafos 13 a 15)

1. Propuestas de revisión de la Guía para la incorporación al derecho interno en relación con el artículo 36 de la Ley Modelo

29. El Grupo de Trabajo pidió que se introdujeran los cambios que figuran a continuación en el texto de la Guía en relación con el artículo 36. Las revisiones pueden verse, con los cambios subrayados y tachados, en el suplemento del presente documento (A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, párrafo 6):

"Artículo 36. Aceptación de una oferta y entrada en vigor del contrato

1) *bis*. Los artículos 27 y) y 38 u) de la Ley Modelo hacen referencia a un contrato "escrito", y el artículo 36 2) a) y b) dispone que el pliego de condiciones puede requerir que el proveedor o el contratista cuya oferta haya sido aceptada, "firme un contrato escrito". Los Estados promulgantes [podrán/deberán][40] que en sus respectivas legislaciones se reconozcan los contratos ejecutados por vía electrónica.

a) Contratación electrónica[41]

1) *ter*. El artículo 11 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico trata de promover el comercio internacional fomentando una mayor seguridad jurídica en la formación y celebración de contratos por medios electrónicos (aun cuando la oferta y aceptación sean generadas por ordenadores). Según esas disposiciones, no se podrá denegar validez ni ejecutabilidad a un

---

[38] Véase también A/CN.9/590, párrafos 40 y 42.
[39] A/CN.9/590, párrafo 41.
[40] Véase el párrafo 48.
[41] En lo que respecta al mantenimiento en el texto de las subdivisiones, véase la nota 14 *supra*.

contrato por la mera razón de que ha sido celebrado por medio de comunicaciones electrónicas.

b) Firmas electrónicas

1) *quater*. Los Estados promulgantes [podrán/deberán][42] también prescribir la forma en que las partes firmarán o por lo demás autenticarán un contrato adjudicado que se haya celebrado electrónicamente, de conformidad con su legislación sobre comercio electrónico. Algunos Estados pueden prever requisitos para formas digitales u otras formas autenticadas de firmas electrónicas en el comercio electrónico que pueden aplicarse a la contratación pública siempre y cuando su utilización no restrinja el acceso a la contratación pública.

1) *quinquies*. El artículo 7 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico y la Ley Modelo sobre las Firmas Electrónicas[43] promueven la confianza en las firmas electrónicas disponiendo que son funcionalmente equivalentes a las firmas manuscritas. Las propias disposiciones establecen que una firma electrónica cumplirá el requisito legal para ser una "firma" si se utiliza de modo que, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo aplicable, sea fiable y resulte igualmente apropiada."

Comentario

30. El Grupo de Trabajo tal vez desee reexaminar las afirmaciones relativas a las firmas electrónicas a fin de estudiar si en la Guía debe tratarse la cuestión de si esas disposiciones resultan apropiadas en la contratación pública, así como en el contexto comercial.

F. Obligación de llevar un expediente del proceso de adjudicación (A/CN.9/590, párrafos 24 y 45, y A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, párrafos 16 a 18)

1. Propuesta de adición al artículo 11 de la Ley Modelo

31. El Grupo de Trabajo ha pedido que se refleje en el texto la aplicación de las "normas de accesibilidad" mediante el registro de la decisión sobre los medios de comunicación en el expediente del procedimiento y, en consecuencia, propone el nuevo apartado que figura a continuación[44].

---

[42] Véase el párrafo 48.

[43] El texto de la Ley Modelo puede verse en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/56/17), anexo II. La Ley Modelo y la Guía para su incorporación al derecho interno que la acompaña se han publicado como publicaciones de las Naciones Unidas (núm. de venta S.02.V.8) y están disponibles en forma electrónica en el sitio web de la CNUDMI (www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/2001Model_signatures.html).

[44] A/CN.9/590, párrafo 24.

"Artículo 11. Expediente del proceso de contratación

1) La entidad adjudicadora llevará un expediente del proceso de contratación en que conste, por lo menos, la siguiente información:

...

b) *bis*. La decisión de la entidad adjudicadora en lo que respecta al medio de comunicación que deberá emplearse en el procedimiento de contratación."

2. Texto de la Guía que aborda el artículo 11 de la Ley Modelo

32. El Grupo de Trabajo pidió que se revisara el texto anterior de modo que la entidad adjudicadora solo debiera mantener información accesible hasta que hubiera vencido el plazo para la reconsideración en virtud del artículo 52 de la Ley Modelo, y pidió también que se tuvieran en cuenta las "normas de accesibilidad"[45]. Las revisiones pueden verse, con los cambios subrayados y tachados, en el suplemento del presente documento (A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, párrafo 7):

"Artículo 11. Expediente del proceso de contratación

...

1) *bis*. No obstante, el artículo 11 se centra en la accesibilidad y disponibilidad de la información que constituye el expediente y no contiene requisitos sobre la forma que debe revestir el expediente ni condiciones para que un expediente deba mantenerse en un determinado formato. Sin embargo, en el [artículo 4 *ter*] las "normas de accesibilidad" requieren de la entidad adjudicadora que, al mantener el expediente, seleccione un medio de archivo de la información que permita a esta ser y permanecer accesible hasta que venza el plazo de reconsideración con arreglo al artículo 52 de la Ley Modelo[46]. Además, los Estados promulgantes [podrán/deberán][47] adoptar reglamentos que aseguren que los sistemas de mantenimiento de expedientes sean plenamente compatibles (o intercambiables) y que permitan verificar cada una de las comunicaciones registradas en el proceso de contratación, de modo que puedan averiguarse los datos de cada comunicación (remitente, receptor y momento de envío y duración) (y que permitan reconstituir el procesamiento automático de datos o los cálculos). Además, los reglamentos pueden regular la cuestión de si debe hacerse constar el acceso al expediente y a los documentos del contrato, así como otras cuestiones de protección de datos que pudieran plantearse, para asegurar la integridad y la seguridad de los datos, así como el carácter confidencial de las comunicaciones y de la información, que se detalla en [remisión al párrafo pertinente de la Guía.] La disposición del [párrafo 1 b) *bis*], que requiere de la entidad adjudicadora que registre el medio de comunicación elegido en el expediente del procedimiento de contratación, ha sido incluido en el texto a fin de posibilitar la decisión de la entidad adjudicadora y su cumplimiento de las "normas de accesibilidad"

---

[45] Véase también A/CN.9/590, párrafo 45.

[46] El enunciado preciso de esta disposición dependerá de las conclusiones a que llegue el Grupo de Trabajo en lo relativo a la formulación de las "normas de accesibilidad".

[47] Véase el párrafo 48.

enunciadas en [los artículos 4 *ter* y 9] que podrán revisarse en el marco del artículo 52, si es necesario."

G. Presentación por vía electrónica de las ofertas, propuestas o cotizaciones (A/CN.9/590, párrafos 46 a 49, y A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, párrafos 19 a 23)

1. Propuestas de revisión del texto del artículo 30 de la Ley Modelo

33. El Grupo de Trabajo pidió que se hicieran, en el texto del artículo 30, los cambios que figuran a continuación[48]. Las revisiones pueden verse, con los cambios subrayados y tachados, en el suplemento del presente documento (A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, párrafo 8).

"**Artículo 30. Presentación de las ofertas**

…

a) Las ofertas se presentarán en la forma especificada en el pliego de condiciones, siempre y cuando el medio de presentación elegido por la entidad adjudicadora cumpla con [las disposiciones de/las normas de accesibilidad enunciadas en] el artículo [4 *ter*], al elegir el medio de presentación."

Comentario

34. El Grupo de Trabajo ha aplazado su examen del texto de la Guía enunciado en los párrafos 26 y 27 del documento A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, así como la cuestión de si debe introducirse en el texto una nueva disposición para regular la modificación de las ofertas, en espera de que finalice sus revisiones del artículo 30 5) a) de la Ley Modelo[49, 50].

H. Apertura de ofertas presentadas por vía electrónica (A/CN.9/590, párrafos 50 y 51, y A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, párrafos 28 a 32)

1. Propuestas de revisión del texto del artículo 33 de la Ley Modelo

35. El Grupo de Trabajo pidió que, en el texto del artículo 33, se introdujeran los cambios que figuran a continuación[51]. Las revisiones pueden verse, con los cambios subrayados y tachados, en el suplemento del presente documento (A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, párrafo 9).

---

[48] A/CN.9/590, párrafo 47.

[49] A/CN.9/590, párrafo 51.

[50] El Grupo de Trabajo ha pedido que el artículo 27 (Aclaraciones y modificaciones del pliego de condiciones) de la Ley Modelo previera la obligación de la entidad adjudicadora de especificar en el pliego la forma en que deben presentarse las ofertas, con remisiones apropiadas a las disposiciones sobre "equivalencia funcional". Véase además A/CN.9/590, párrafo 47.
La Secretaría presentará en su momento un texto revisado del artículo 27.

[51] A/CN.9/590, párrafo 50.

"**Artículo 33. Apertura de las ofertas**

…

4) Cuando el procedimiento de contratación pública se lleve a cabo por vía electrónica de conformidad con [insértense aquí las disposiciones que regulan las comunicaciones electrónicas, las subastas inversas y, en su caso, otros procedimientos plenamente automatizados], se considerará que se ha permitido a los proveedores o contratistas estar presentes en la apertura de las ofertas conforme a los requisitos del artículo 33 2) siempre que se les permita seguir la apertura de las ofertas [simultáneamente/instantáneamente/a través de medios electrónicos de comunicación utilizados por la entidad adjudicadora.]"

Comentario

36. En el contexto de una reunión, la utilización de comunicaciones electrónicas significa que los participantes pueden seguir el procedimiento y participar en él por esos medios electrónicos[52]. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si la referencia a medios "electrónicos" de comunicación es apropiada, habida cuenta del deseo que ha expresado de que las disposiciones sean tecnológicamente neutras; el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar también si para mantener las salvaguardias que el artículo original preveía sería necesario hacer una referencia a comunicaciones instantáneas o simultáneas.

37. El Grupo de Trabajo ha aplazado su examen del texto de la Guía que acompaña a la Ley Modelo y que figura a continuación del párrafo 32 del documento A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1, hasta que se termine de examinar el texto de la Ley Modelo[53].

I. Publicación electrónica de información concerniente a la contratación pública (A/CN.9/WG.I/WP.39/Add.1, párrafos 34 a 42, y A/CN.9/590, párrafos 52 a 63)

1. Propuestas de revisión del texto del artículo 5 de la Ley Modelo

38. El Grupo de Trabajo pidió que se introdujeran en el texto propuesto para el artículo 5 los cambios que se exponen a continuación[54]. Las revisiones solicitadas pueden verse, con los cambios subrayados y tachados, en el suplemento del presente documento (A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, párr. 10).

"Artículo 5. Acceso del público a [los textos normativos] [información relacionada con la contratación]

Los textos de la presente Ley y el reglamento de la contratación pública, así como todas las decisiones y directrices administrativas de aplicación general referentes a contratos cuya adjudicación se rija por la presente Ley,

---

[52] Se introducirán disposiciones equivalentes en otros artículos de la Ley Modelo que hagan referencia a las reuniones.

[53] A/CN.9/590, párrafo 51.

[54] A/CN.9/590, párrafos 57 y 58.

todas las enmiendas de esos textos, y todas las resoluciones judiciales relativas a su aplicación, serán puestos sin demora a disposición del público y sistemáticamente actualizados.

Posibles adiciones

[[Todo Estado promulgante podrá optar por dar acceso al público información suplementaria sobre los controles internos, las orientaciones u otra información.]]

[Todos los demás documentos y demás información que, conforme a la presente Ley, deberán publicarse, se pondrán sin demora a disposición del público y serán sistemáticamente actualizados.]

[Los reglamentos sobre contratación pública establecerán los medios con que se publicará la información en virtud de la presente Ley, así como la manera en que se publicará.]"

Comentario

39. El Grupo de Trabajo no ha expresado ninguna opinión sobre las adiciones propuestas.

40. La primera adición propuesta brinda a los Estados promulgantes la opción de agregar otro tipo de información a la información cuya publicación sea requerida.

41. En la segunda adición propuesta se trata de la publicación de la información que debe publicarse en virtud de la Ley Modelo con excepción de los textos jurídicos a que se hace referencia en el párrafo 1. (Esta información incluye la notificación de la adjudicación de un contrato (artículo 14), la convocatoria a licitación o a precalificación (artículo 24) (véanse también las disposiciones pertinentes de los artículos 37, 46, 47 y 48) y toda otra información cuya publicación pueda requerirse conforme a las disposiciones revisadas de la Ley Modelo o las que decida publicar un Estado promulgante en virtud del párrafo 2 propuesto.)

42. En la tercera adición propuesta se unifican las disposiciones sobre los medios de publicación que se encuentran actualmente en varios artículos de la Ley Modelo (véanse los artículos 14, 24, 37, 47 y 48) y también se abordan cuestiones pendientes del octavo período de sesiones[55]. El Grupo de Trabajo ha tomado nota de que los reglamentos tal vez no resuelvan adecuadamente los problemas que plantea la publicación por vía electrónica (y no sobre papel) de información relacionada con la contratación y que, por consiguiente, puede requerir una regulación específica, concretamente la proliferación de páginas de Internet relacionadas con la contratación pública y la sobreabundancia de información relacionada con la contratación, que complica la obtención de la información que sea necesaria, útil y exacta.

43. El Grupo de Trabajo observó que en algunas legislaciones nacionales estos problemas se resolvían requiriendo un único medio centralizado en el que la información auténtica y de autoridad relacionada con la contratación debe hacerse accesible al público y actualizarse sistemáticamente. En la mayoría de estas

[55] A/CN.9/590, párrafo 63.

reglamentaciones también se prohíbe la publicación de información relacionada con la contratación en otros medios antes de que sea publicada en el medio designado. En algunas reglamentaciones se especifica que la información publicada en distintos medios debe contener los mismos datos[56]. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la cuestión de si la Ley Modelo debe requerir que se adopten tales reglamentaciones para abordar esos problemas y de si la Guía debe comentar esa cuestión en lo que respecta a las buenas prácticas en este ámbito.

2. Disposiciones propuestas para la publicación de información sobre contratos próximamente adjudicables

44. La disposición que figura a continuación, referente a la publicación de tal información (el texto subrayado indica la enmienda propuesta en el octavo período de sesiones del Grupo de Trabajo) podría incluirse en la Ley Modelo revisada como artículo aparte después del artículo relativo al acceso del público a [los textos normativos] [la información relacionada con la contratación] (actualmente artículo 5) o si podría fusionarse con el artículo 5 tal como se sugirió en el octavo período de sesiones del Grupo de Trabajo[57]:

> "Con la mayor prontitud posible a partir del comienzo del ejercicio fiscal, las entidades adjudicadoras podrán publicar un anuncio de sus necesidades previstas de contratación para el siguiente [el Estado promulgante especificará el período]."

3. Texto de la Guía que aborda la publicación de información suplementaria sobre la contratación

45. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar el siguiente texto[58]:

a) Publicación de información suplementaria sobre la contratación pública

> "1) Con los medios modernos de publicación de información y las consiguientes economías en costos, tiempo y esfuerzo, el público ha podido tener acceso a más información relacionada con la contratación de la que requería la Ley Modelo, a menudo por vía electrónica. Dicha información incluye: i) los manuales y guías y orientaciones sobre la contratación pública, ii) los documentos de convocatoria a licitación o a precalificación en su totalidad, iii) diversas listas de bienes normalizados, iv) información sobre la situación del procedimiento de adjudicación en curso, incluidas las notificaciones sobre la suspensión y los procedimientos cancelados, v) los expedientes de procedimientos de adjudicación, vi) las estadísticas sobre, entre otras cosas, los resultados de la contratación y los contratos celebrados, y vii) toda información general de utilidad, como la información sobre un punto de contacto para las solicitudes generales de información sobre la contratación.

---

[56] A/CN.9/590, párrafos 63, y A/CN.9/WG.I/WP.39/Add.1, párrafo 29.

[57] A/CN.9/590, párrafos 59 y 62.

[58] Puede ser preciso introducir otras enmiendas para tener en cuenta la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo sobre el ámbito del artículo 5.

2) En la Ley Modelo no se regulan explícitamente estos tipos de información suplementarias. No obstante, la Ley Modelo no impide que los Estados promulgantes requieran, alienten o explícitamente posibiliten el acceso del público a información suplementaria en beneficio de los proveedores o contratistas. En particular, los manuales, las guías y las orientaciones, que a menudo no tienen la condición de textos normativos y que, por consiguiente pueden no entrar en el ámbito del [párrafo 1 del artículo 5], pueden tratar de importantes aspectos de las prácticas y procedimientos nacionales de contratación pública que sería conveniente que se pusieran a disposición del público. Pueden darse incentivos para la publicación de ciertos tipos de información, por ejemplo, las convocatorias a licitación en su totalidad, permitiendo una reducción del plazo requerido para la presentación de ofertas. Si bien la Ley Modelo requiere que se dé acceso al público y se actualice sistemáticamente la información mínima necesaria para lograr transparencia en el proceso de adjudicación, la aplicación de requisitos equivalentes a la publicación de información suplementaria que pueda ser útil pero no estrictamente necesaria podría resultar onerosa e incluso desalentar la publicación en sí. En consecuencia, no hay ningún requisito para actualizar sistemáticamente esa información, pero debería alentarse su actualización.

3) Los Estados promulgantes deberían también plantearse la cantidad de información que puede hacerse accesible al público y la forma en que debe procederse para ello. La finalidad es asegurar un fácil acceso público a la información de utilidad e importancia prácticas, que puede verse considerablemente obstaculizada si existe información abundante de distintas fuentes, cuya autenticidad y autoridad tal vez sean inciertas, y además puede ponerse en peligro la actualización sistemática de dicha información. Si la misma información consignada en distintos medios no está instantáneamente disponible para todos los proveedores interesados, algunos de ellos pueden recibir mejor información y, aunque no se pretenda, encontrarse en una situación más ventajosa. El contenido también puede plantear problemas, concretamente sobre los intereses comerciales legítimos de los proveedores o contratistas, la aplicación de la ley y la competencia leal.

4) La Ley Modelo resuelve estos problemas requiriendo que toda información publicada en virtud de la Ley Modelo se haga accesible al público de conformidad con las "normas de accesibilidad" que figuran en el artículo [4 *ter*]. Estas normas requieren que todo medio de publicación utilizado [no representará un obstáculo para el proceso de contratación pública, no supondrá una discriminación entre los posibles proveedores o contratistas o respecto de alguno de ellos ni limitará de otro modo la competencia]. Los Estados promulgantes [tal vez deseen] estudiar salvaguardias adicionales que podrían incluirse en reglamentaciones sobre la contratación que se adoptarían en el marco del artículo 4 de la Ley Modelo u otras reglamentaciones apropiadas. Por ejemplo, las reglamentaciones sobre contratación pública pueden establecer la primacía de un único medio centralizado a través del cual toda la información jurídicamente vinculante, auténtica y de autoridad relacionada con la contratación deberá ponerse sistemáticamente y oportunamente a disposición del público y actualizarse sistemáticamente, y también cuando se adopten unas reglas que definan las relaciones con otros posibles medios en que se publique la información (similares a "publicaciones oficiales" o "diarios oficiales").

Las reglamentaciones pueden prohibir explícitamente la publicación en distintos medios antes de que la información se publique en un medio central específicamente designado y requerir que la misma información publicada en los distintos medios contenga los mismos datos."

b) Publicación de información sobre oportunidades que se presentarán próximamente

"1) Los medios modernos de publicación de información también han facilitado la publicación de información sobre oportunidades que se presentarán en un futuro próximo. Aunque no sea vinculante, esa publicación impone disciplina a las entidades adjudicadoras en la planificación de la contratación, reduce los casos de contrataciones *ad hoc* y "de emergencia" y, por consiguiente, puede reducir el recurso a métodos menos competitivos de contratación (tampoco debería obstaculizar el proceso de presupuestación). La publicación de esa información también permite a más proveedores tener conocimiento de las oportunidades de contratación pública, de evaluar su interés en la participación en ellas y de planificar en consecuencia sus ofertas con anticipación, lo cual también promueve la competencia, la transparencia y las economías de gastos en la contratación. Esta información también puede tener repercusiones positivas en un contexto gubernamental más amplio, en particular al dar al público en general acceso a la información y promover la participación comunitaria.

2) [Otras disposiciones están sujetas a la decisión del Grupo de Trabajo relativa a la publicación de información sobre oportunidades de contratación en un futuro próximo en virtud de la Ley Modelo.] Los Estados promulgantes podrán [requerir la publicación de tal información o considerarla facultativa,] [imponer cualquier condición especial para la publicación de tal información, como el establecimiento de un tope cuando fuera necesario publicar tal información, y] definir en sus reglamentaciones sobre la contratación pública otras condiciones de publicación, como el contenido de la información publicada, el período abarcado y el plazo para la publicación."

III. Cuestiones pendientes relativas al empleo de las comunicaciones electrónicas en el proceso de contratación pública: alcance de la Ley Modelo y de la Guía para la incorporación al derecho interno (A/CN.9/WG.I/WP.38, párrafos 4 a 23, y A/CN.9/590, párrafos 12 a 16)

46. El Grupo de Trabajo ha aplazado el examen de la cuestión de si convendría ampliar el alcance de la Ley Modelo (que actualmente regula únicamente la fase de selección del proveedor o contratista ganador) para que abarcara también las fases de planificación de la contratación y de administración de los contratos[59], concretamente sobre si en la propia Ley Modelo habría que prever principios generales mínimos

[59] A/CN.9/590, párrafo 13, A/CN.9/WG.I/WP.36, párrafo 78, y A/CN.9/WG.I/WP.38, párrafos 12 y 13.

aplicables a esas fases adicionales o sobre si en la Guía deberían abordarse las buenas prácticas en la planificación de la contratación y en la administración de los contratos. Cabría detallar más el párrafo 10 de la Guía, que actualmente dice, por ejemplo, que el Estado promulgante deberá velar por la existencia de una legislación y de estructuras adecuadas para llevar a cabo la fase de ejecución del proceso de contratación pública.

47. El Grupo de Trabajo también ha aplazado el examen de la cuestión de si debería ampliarse la Guía para prever más detalles sobre los aspectos que deban abordarse mediante reglamentaciones y sobre la posibilidad de introducir en el texto un proyecto de reglamento (por ejemplo, para regular la autenticidad, la confidencialidad y la seguridad de las comunicaciones electrónicas). El Grupo de Trabajo ha tomado nota del valor que podría tener ese reglamento en la armonización de la legislación sobre contratación pública, pero ha dicho que debería ser facultativo y no prescriptivo y que debería dar flexibilidad a los Estados promulgantes. El Grupo de Trabajo ha aplazado también el examen de la cuestión de si la Guía debía convertirse en un instrumento no solo destinado a los legisladores sino también a los usuarios, tales como los funcionarios encargados de la contratación pública en los Estados promulgantes y, en tal caso, la forma que debería revestir una orientación ampliada[60].

48. El Grupo de Trabajo aún no ha decidido si en el texto de la Guía, donde se subraya la necesidad de que haya una legislación adecuada sobre comercio electrónico y reglamentos conexos, deberá decirse que los Estados promulgantes "deberán" o "podrán" adoptar disposiciones apropiadas sobre tales cuestiones.

---

[60] Véase también A/CN.9/WG.I/WP.38, párrafos 9 a 11 y 19 a 23.

A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1

Posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios - recopilación de material de redacción para abordar la utilización de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública

ADICIÓN

ÍNDICE

[Los capítulos I a III se publican en el documento A/CN.9/WG.I/WP.42]

		Párrafos
IV.	Revisiones de los proyectos de textos normativos presentados al Grupo de Trabajo en su octavo período de sesiones	1-10
A.	Equivalencia funcional de todos los métodos de comunicación, publicación, intercambio o almacenamiento de información o documentos	1
B.	Texto de la Guía para la incorporación al derecho interno que hace referencia a las comunicaciones electrónicas durante el proceso de contratación pública	2
C.	Normas de accesibilidad	3
D.	Forma de las comunicaciones	4-5
E.	Validez jurídica de un contrato adjudicado por vía electrónica	6
F.	Obligación de llevar un expediente del proceso de adjudicación	7
G.	Presentación por vía electrónica de las ofertas, propuestas o cotizaciones	8
H.	Apertura de ofertas presentadas por vía electrónica	9
I.	Publicación electrónica de información concerniente a la contratación pública	10

IV. Revisiones de los proyectos de textos normativos presentados al Grupo de Trabajo en su octavo período de sesiones

El texto que figura a continuación contiene las revisiones de los proyectos de textos normativos que se presentan al Grupo de Trabajo en su noveno período de sesiones, comparados con los textos presentados en el octavo período de sesiones.

A. Equivalencia funcional de todos los métodos de comunicación, publicación, intercambio o almacenamiento de información o documentos

1. Nuevo texto propuesto para la Ley Modelo: nuevo artículo 4 *bis*

"**Artículo 4 *bis*. Equivalencia funcional de todo [medio] [método] utilizable para comunicar, publicar, intercambiar o archivar información o documentos**

Se entenderá que toda disposición de la presente Ley relativa al requisito de la forma escrita, a la publicación de información, a la presentación de ofertas en un sobre sellado, a la apertura de licitaciones, a un registro o a una reunión ~~incluirá~~ incorporará [cualquier medio de tal actividad que incluya] medios electrónicos, ópticos o medios equivalentes [que incluya, aunque no exclusivamente, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el telex o la telecopia], siempre y cuando el medio elegido cumpla con las [disposiciones del/normas de accesibilidad enunciadas en el] artículo [4 *ter*]."~~, con tal de que el Estado promulgante o la entidad adjudicadora se cerciore de que dicha vía:~~

~~a) [no supone obstáculo alguno para el curso del proceso de contratación] [es una vía de comunicación generalmente accesible];~~

~~b) promueve la economía y la eficiencia del proceso de contratación; y~~

~~c) no da lugar a discriminación alguna entre los proveedores o contratistas eventuales, o frente a alguno de ellos, ni limita notablemente, por algún otro concepto, la competencia comercial] [, con tal de que el Estado promulgante o la entidad adjudicadora obre en el convencimiento de que dicha vía cumple con las normas de accesibilidad enunciadas en el artículo [**].] [con inclusión de la lista que figura en la variante A de la Guía para la incorporación al derecho interno.] (A/CN.9/586, párr. 13).~~

B. Texto de la Guía para la incorporación al derecho interno que hace referencia a las comunicaciones electrónicas durante el proceso de contratación pública

2. Observaciones generales introductorias en la Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno

"**i) ~~Texto introductorio de las d~~Disposiciones ~~concernientes al~~ que rigen el empleo de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública**

1) La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública (versión de 1994) fue aprobada en un momento en el que cabía prever las nuevas aplicaciones de la tecnología de la información y de las comunicaciones electrónicas, pero muchas de esas aplicaciones no se habían aún materializado. Pese a que algunas de sus disposiciones tal vez prevean el empleo, al servicio de la contratación pública, de la tecnología y las comunicaciones electrónicas, la Ley Modelo no presta particular atención a las cuestiones jurídicas suscitadas por el recurso a esta tecnología, mientras que algunas de sus disposiciones reflejan un sistema de intercambio de comunicaciones y de formación de expedientes o archivos y un régimen probatorio que dependen en gran medida de la información consignada sobre papel. Cabe citar como ejemplo los requisitos de "prueba documental" y otros conceptos similares enunciadas en los artículos 6 2), 7 3) a) iii), 10, 27 c), 36, 38 f) de la Ley Modelo de 1994, así como las reglas concernientes a la preparación, presentación, modificación, retirada y apertura de las ofertas, y el régimen aplicable a la conclusión del contrato adjudicado.

2) Desde la aprobación de la Ley Modelo en 1994, se ha registrado un rápido aumento en las aplicaciones de la electrónica al servicio de la contratación pública (que incluye la utilización de equipo electrónico para el procesamiento, la compresión digital y el almacenamiento de los datos transmitidos, transferidos y recibidos por cable, por radio, por medios ópticos o por otros medios electromagnéticos), difundiéndose, en particular, diversos métodos de contratación por Internet, que la presente Guía designará por el término genérico de "contratación electrónica". La contratación electrónica ha reportado numerosos beneficios, entre los que cabe citar la mayor rentabilidad de una contratación más competitiva en el marco de un mercado más amplio, el suministro de información más completa a los proveedores y contratistas, el recurso a prácticas más competitivas, y el ahorro de gastos y de tiempo que supone una mejor administración del contrato adjudicado, junto con una mejor observancia de la normativa aplicable y una notable disminución de las oportunidades de corrupción o de abuso. La contratación por vía electrónica ofrece, además, muchas oportunidades para reforzar la confianza pública y la transparencia del proceso de contratación. La ~~CNUDMI~~ Comisión considera, por ello, que la Ley Modelo debe facilitar el recurso a la contratación por vía electrónica.

3) Ahora bien, ~~se han expresado también inquietudes de que~~ tal vez se hayan de introducir controles que permitan ~~no solo supervisar ciertos aspectos novedosos de las comunicaciones intercambiadas por vía electrónica, sino~~ evitar toda discriminación dimanante de la falta de acceso a la infraestructura necesaria, garantizar la seguridad, confidencialidad y autenticidad de las comunicaciones electrónicas y vigilar el impacto de los modernos métodos de contratación sobre [otras] metas ~~socioeconómicas~~ del país. Las revisiones efectuadas en el texto ~~original~~ de la Ley Modelo [de 1994] tratan de responder a estas inquietudes, mientras que la presente Guía señala cuáles son los objetivos de esas revisiones.

4) Aunque algunas de las cuestiones suscitadas por la contratación electrónica puedan resolverse en el marco de la Ley Modelo [de 1994] ~~actual~~ (o a tenor de las normas legales o reglamentarias y existentes, así como conforme a lo indicado en la Guía de 1994 para la incorporación de dicha ley al derecho interno), la ~~CNUDMI~~ Comisión ha revisado el texto de la Ley Modelo a fin de que su texto prevea o aclare adecuadamente las soluciones que cabe dar a esas cuestiones y a fin de promover ~~en lo posible~~ en su caso, el recurso a la vía electrónica como medio de facilitar el logro de los objetivos de la propia Ley Modelo. El objetivo de las disposiciones es asegurar que todos los [medios/métodos] de comunicación reciban un trato equivalente en la Ley Modelo y que su utilización esté sujeta a salvaguardias apropiadas para que las entidades adjudicadoras, a la hora de seleccionar los medios de comunicación para una contratación pública, [no hagan discriminaciones entre los proveedores y contratistas] [seleccionen los medios [generalmente] [razonablemente] [comúnmente] disponibles [y que sean compatibles [o intercambiables] con los medios de utilización común o general]. Cabe señalar que esas disposiciones tienen la finalidad de ser aplicables a la contratación pública internacional y nacional, a fin de asegurar el acceso a los mercados nacionales de proveedores no nacionales, incluso cuando pueda haber una desigualdad entre las infraestructuras electrónicas disponibles de los posibles proveedores y contratistas.

ii) Interacción del marco legal de la contratación electrónica con el marco legal del comercio electrónico

5) La contratación electrónica depende por naturaleza de la reglamentación general del comercio electrónico y de la difusión actual de este comercio. La presente Guía se referirá, por ello, a la interacción entre el régimen legal del comercio electrónico y el régimen de la contratación electrónica. No procedería que una ley de la contratación pública regule cuestiones propias del comercio electrónico general por lo que la Ley Modelo no tratará de regular ninguna cuestión que deba ser resuelta por el régimen legal general aplicable al comercio electrónico. Ahora bien, sí se ocupará de esas cuestiones en la medida en que el contexto especial de la contratación pública requiera alguna medida adicional (por ejemplo, en lo concerniente a la presentación de ofertas). A la luz de lo antedicho, el Estado promulgante tal vez desee cerciorarse de que su derecho interno aplicable al comercio electrónico reconoce la validez de las comunicaciones electrónicas y resuelve adecuadamente las cuestiones planteadas en los párrafos siguientes. Para facilitar su consulta, se hace asimismo remisión a las soluciones que se haya dado a esas cuestiones en el régimen modelo de la CNUDMI para el comercio electrónico (Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico de 1996)[1].

6) Uno de las principales ~~barreras contra~~ requisitos para la utilización eficaz de las comunicaciones electrónicas en la negociación de un contrato es la ~~falta de seguridad o~~ certeza en cuanto al reconocimiento jurídico, la validez ~~o~~ y la ejecutoriedad de las comunicaciones intercambiadas por vía electrónica en el proceso de negociación. ~~Ese obstáculo puede materializarse en forma de un requisito legal por el que se requiera un "escrito" o un "original", así como en ciertas formalidades requeridas para la formación de un contrato o para la admisibilidad del valor probatorio de un texto ante los tribunales (A/CN.9/568, párr. 30 y A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1,párr. 44).~~ En consecuencia, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico trata de hacer posible la negociación por vía electrónica de las operaciones comerciales, ~~eliminando esos obstáculos y~~ tratando de dar certeza jurídica a las comunicaciones intercambiadas por esa vía, de modo que los requisitos de comunicaciones y documentos "escritos" u "originales", las formalidades de la formación de los contratos y la admisibilidad de las pruebas ante los tribunales engloben tanto las comunicaciones y documentos realizados por escrito como las comunicaciones y los documentos electrónicos.

7) La Ley Modelo ~~de la CNUDMI~~ sobre Comercio Electrónico prevé el principio general de la equivalencia funcional entre las comunicaciones, de modo que las comunicaciones electrónicas gozan del mismo grado de reconocimiento que los documentos sobre papel, siempre que sean universalmente legibles, permanezcan inalterados con el paso del tiempo y puedan ser reproducidas (cada parte debe tener una copia de los mismos datos), puedan ser autenticadas por medio de una firma y

---

[1] El texto de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico figura en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/51/17), anexo I (también publicada en el Anuario de la CNUDMI, vol. XXVII:1996 (publicación de las Naciones Unidas, número de venta, S.98.V.7), tercera parte, anexo I). La Ley Modelo y la Guía para su incorporación al derecho interno, que la acompaña, han sido objeto de una publicación de las Naciones Unidas con número de venta S.99.V.4, y también está disponible en forma electrónica en la página de la CNUDMI en Internet (www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html).

se presenten de una forma aceptable para las autoridades públicas y los tribunales. ~~En el párrafo 16 de la Guía adjunta a dicha Ley Modelo se describen las funciones que debe cumplir todo documento para ser reconocido como tal, indicándose que deberá: "ser legible para todos; permanecer inalterado a lo largo del tiempo; prestarse a ser reproducido a fin de que cada parte disponga de un mismo texto; ser autenticable por medio de una firma; y estar en una forma que sea aceptable para las autoridades públicas y los tribunales".~~

8) Los artículos 5, 6, 7 y 8 de la Ley Modelo ~~de la CNUDMI~~ sobre Comercio Electrónico prevén la importancia de la equivalencia funcional entre las comunicaciones sobre papel y las electrónicas y regulan el "reconocimiento jurídico de los mensajes de datos [comunicaciones electrónicas]" y los conceptos de "escrito", "firmas" y "original". Al leer conjuntamente estas disposiciones, el efecto resultante es que las comunicaciones electrónicas tienen el mismo grado de reconocimiento jurídico y de validez que las comunicaciones sobre papel, de modo que no se les denegará eficacia jurídica, validez ni ejecutabilidad por la mera razón de que sean comunicaciones electrónicas, y no comunicaciones sobre papel.

~~9) La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico resuelve estas cuestiones como sigue:~~

~~a) Artículo 5: "[n]o se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza ejecutoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos". En el comentario de ese artículo que aparece en la Guía para su incorporación al derecho interno se observa que "el artículo 5 se limita a indicar que la forma en que se haya conservado o sea presentada cierta información no podrá ser aducida como única razón para denegar eficacia jurídica, validez o fuerza ejecutoria a esa información. Ahora bien, no debe interpretarse erróneamente el artículo 5 como si fuera un texto por el que se conceda validez jurídica a todo mensaje de datos o a todo dato en él consignado";~~

~~b) Artículo 6: "[c]uando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que este contiene es accesible para su ulterior consulta". El comentario observa que "el artículo 6 tiene por finalidad definir la norma básica que todo mensaje de datos deberá satisfacer para que pueda considerarse que (dicho mensaje) satisface un requisito (...) de que la información conste o sea presentada por escrito" (o de que la información esté consignada sobre un "documento" o soporte de papel);" y~~

~~c) Artículo 8: "[c]uando la ley requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos: a) si existe alguna garantía fidedigna de que se ha conservado la identidad de la información a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos o en alguna otra forma; y b) de requerirse que la información sea presentada, si dicha información puede ser mostrada a la persona a la que se deba presentar". El comentario explica que aun cuando la noción de "original" suele ser aplicable a documentos de titularidad o a títulos negociables, la disposición aquí prevista puede ser necesaria en el derecho interno de algunos países respecto de algún otro tipo de operaciones comerciales.~~

10) ~~[~~En el comentario que se hace del artículo 36 ("Aceptación de una oferta y entrada en vigor del contrato") pueden verse las consideraciones especiales

aplicables al supuesto de que un documento sea expedido o firmado por medios electrónicos, así como las consideraciones especiales aplicables a la celebración de un contrato por vía electrónica.~~] [En cuanto a la firma de un documento por algún método electrónico, el artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico dispone lo siguiente: "[e]uando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos: a) si se utiliza un método para identificar a esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos; y b) si ese método es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o publicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente ...]".~~

11) Cabe que un Estado promulgante desee también dictar un reglamento por el que se resuelvan las cuestiones suscitadas por alguna avería o disfuncionalidad técnica, así como por toda declaración exoneratoria de la propia responsabilidad y por ciertas cuestiones prácticas como las concernientes a la zona horaria, la entrega de un recibo, etc.

iii) Criterios para posibilitar el empleo de comunicaciones electrónicas en el marco del texto revisado de la Ley Modelo

12) El texto revisado de la Ley Modelo de la Contratación Pública se ocupa de la utilización de la vía electrónica en la contratación pública siguiendo el criterio de la equivalencia funcional enunciado en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico pero, conforme a lo ya indicado anteriormente, no regulará cuestión alguna que haya sido resuelta por la norma general de derecho interno que sea aplicable al comercio electrónico, salvo que el contexto de la contratación pública requiera la formulación de alguna regla adicional. Por consiguiente, la Ley Modelo de la Contratación Pública no regula ninguna de las siguientes cuestiones: el reconocimiento legal de la validez de las comunicaciones electrónicas, lo que debe entenderse por "escrito" o por "original", y por firma electrónica o digital, y la admisibilidad general y el valor probatorio de las comunicaciones electrónicas, así como lo concerniente a la formación, validez y ejecución de un contrato, la asignabilidad a su autor de una comunicación electrónica, y el acuse de recibo que proceda dar a toda otra comunicación electrónica que no sea propiamente una oferta.

13) Las disposiciones presentadas en esta Ley Modelo revisada establecen que todo requisito de que se presente un escrito, de publicación de información, de presentación de ofertas y de convocatoria a licitación, para un registro o una reunión, enunciado en la propia Ley Modelo, podrá tenerse por satisfecho si se utilizan medios de comunicación ~~electrónica~~ electrónicos o de otra índole, con idéntico efecto. (En el contexto de una reunión, la utilización de comunicaciones electrónicas significa que los participantes podrán seguir la reunión, o participar en ella, por alguna vía electrónica de comunicación.) ~~La Ley Modelo no regula la validez jurídica de esas comunicaciones, que se regirá~~ Si bien la validez jurídica de esas comunicaciones ~~se regulará~~ debería regularse explícitamente en la legislación general sobre comercio electrónico de un Estado promulgante, el contexto de la contratación pública requiere disposiciones específicas y suplementarias en aspectos como la presentación de ofertas, conforme a lo dispuesto en los artículos 27 h), q), r) y z), 30, 31 2) y 33 de la Ley Modelo ~~actual~~ [de 1994] [actualizar las referencias cruzadas]. En tales casos, se dan las razones y se indican los objetivos de las

disposiciones en la sección pertinente de la presente Guía ~~(A/CN.9/WG.I/WP.34, párr. 13, A/CN.9/575, párr. 11)~~ [insértense aquí las referencias cruzadas].

14) En la versión revisada de la Ley Modelo se alienta también, en su caso ~~cuando es posible~~, ~~(~~pero generalmente sin exigirlo,~~)~~ la utilización de medios electrónicos en la ~~el recurso, a la tecnología y a la vía de comunicación electrónica al servicio de la~~ contratación pública. No obstante, la entidad adjudicadora podrá requerir la utilización de comunicaciones electrónicas en el proceso de contratación pública en virtud de los artículos [4 *ter* y 9], y la contratación pública deberá hacerse por vía electrónica ~~(A/CN.9/575, párr. 10, A/CN.9/568, párr. 33), salvo~~ en el caso de [referencia cruzada a la contratación pública por vía electrónica, por ejemplo, a las subastas electrónicas inversas y a los sistemas de adquisiciones dinámicas].

15) El recurso a la vía electrónica suscita cuestiones concernientes a la autenticidad, confidencialidad e integridad de la comunicación, de los documentos o de los datos intercambiados. El Estado promulgante [deseará también] [podrá] considerar hasta qué punto su régimen legal interno aplicable al comercio electrónico ha previsto un control adecuado de las comunicaciones intercambiables en el marco de la contratación pública. Este tema se examina en mayor detalle en las secciones de la presente Guía que se ocupan de la forma de las comunicaciones intercambiadas (artículo 9 de la Ley Modelo de 1994) y de la presentación de ofertas por vía electrónica (con arreglo al artículo 30 de la Ley Modelo de 1994).

16) El principio de la flexibilidad en cuanto al método utilizable para la comunicación, basado en el criterio de la equivalencia funcional, será aplicable no solo a las comunicaciones de índole general sino también a la publicación del contrato adjudicable y a toda información concerniente a un proceso de adjudicación, así como al intercambio de información concerniente a dicho proceso, a la presentación y apertura de las ofertas, a la celebración de conferencias previas a la licitación, y a la conservación, archivo y difusión de información y de documentos (así como al expediente que ha de llevarse del proceso de adjudicación conforme al artículo 11 de la Ley Modelo de la Contratación Pública), y a la celebración del contrato adjudicado. Por consiguiente, el texto propuesto del artículo 4 *ter* está formulado en términos genéricos que permiten englobar todos los aspectos de la creación, transferencia y archivo de la información consignada en las comunicaciones y documentos intercambiados, por lo que las normas de control y accesibilidad de la información, descritas en los párrafos anteriores, deben ser igualmente aplicables a las nociones genéricas enunciadas en estos artículos."

C. Normas de accesibilidad

3. Nuevo texto propuesto para su inserción en la Ley Modelo: artículo 4 *ter* nuevo

"**Artículo 4 *ter*. Normas de accesibilidad**

La entidad adjudicadora se cerciorará de que todo [medio/método] de comunicación, publicación, intercambio o archivo de información o documentos o para celebrar alguna reunión ~~que se vaya a utilizar en el curso del proceso de contratación~~ y para la presentación de ofertas y la convocatoria a licitación,

~~a)~~ No [discriminará [de manera irrazonable]] [no generará una discriminación [irrazonable]] entre los posibles proveedores o contratistas o frente a alguno de ellos ni limitará por lo demás [notablemente] la competencia.

[posibles adiciones]

No supondrá un obstáculo para el proceso de contratación pública; y

~~[se vale~~ de que los [medios/métodos] de comunicación están [generalmente] [razonablemente] [comúnmente] disponibles [y son compatibles [e intercambiables] con los que sean de uso común o general].

~~b) promueve la economía y la eficiencia del proceso de contratación; y~~

~~c) no da lugar a discriminación alguna entre los proveedores o contratistas eventuales, o frente a alguno de ellos, ni limita por lo demás notablemente la competencia comercial~~."

D. Forma de las comunicaciones

4. Revisión propuesta del artículo 9 de la Ley Modelo

"**Artículo 9. Forma de las comunicaciones**

[nuevo párrafo 1)] Los documentos, las notificaciones, las decisiones y otras comunicaciones [a que se hace referencia en la presente Ley] entre proveedores o contratistas y la entidad adjudicadora se facilitarán, presentarán o aplicarán por el medio de comunicación que haya especificado la entidad adjudicadora cuando solicitó en primer lugar la participación de los proveedores o contratistas en el proceso de contratación pública, siempre y cuando la entidad adjudicadora cumpla, en cada caso, [las disposiciones de/las normas de accesibilidad enunciadas en] el artículo [4 *ter*].

~~1)~~ 2) A reserva de otras disposiciones de la presente Ley y de ~~los requisitos de forma impuestos por la entidad adjudicadora al dirigir su primera invitación a los proveedores o contratistas para que participen en el proceso de contratación,~~ los documentos, las notificaciones, las decisiones y otras comunicaciones [a que se hace referencia en la presente Ley] que deberá presentar la entidad adjudicadora o la autoridad administrativa a un proveedor o contratista o que un proveedor o contratista deberá presentar a la entidad adjudicadora se presentarán en una forma que deje constancia del contenido de la comunicación y sea accesible, de modo que sea utilizable para ulteriores consultas.

~~1) bis. La entidad adjudicadora podrá prescribir en el pliego de condiciones la forma que deberá adoptar toda comunicación intercambiada con los proveedores o contratistas, con tal de que la vía de comunicación seleccionada por la entidad adjudicadora cumpla con las normas de accesibilidad enunciadas en el [artículo 4 bis o 5 bis].~~

~~1) ter. La entidad adjudicadora podrá indicar en el pliego de condiciones que toda oferta presentada con arreglo al artículo 30 deberá ser presentada en forma electrónica [, con tal de que la vía seleccionada por la entidad adjudicadora para presentarla cumpla con las normas de accesibilidad enunciadas en el artículo [artículo 4 bis o 5 bis].~~

~~1) quáter. Sin menoscabo alguno del derecho de toda entidad adjudicadora a indicar en el pliego de condiciones cuál será la vía de comunicación utilizable, la entidad adjudicadora no discriminará entre proveedores o contratistas, o frente a algunos de ellos, por razón de la forma en que transmitan o reciban documentos, notificaciones, decisiones o alguna otra comunicación.~~

~~2)~~ 3) Las comunicaciones entre proveedores o contratistas y la entidad adjudicadora a que se hace referencia en los artículos 7 4) y 6), 12 3), 31 2) a), 32 1) d), 34 1), 36 1), 37 3), 44 b) a f) y 47 1) [actualícense las revisiones de la Ley Modelo] podrán efectuarse por medio de comunicación que no deje constancia del contenido de la comunicación siempre y cuando se dé de inmediato al receptor de la comunicación la confirmación de la comunicación en una forma que deje constancia de la confirmación y que sea accesible, a fin de poder utilizarse para ulteriores consultas.

~~3) La entidad adjudicadora no discriminará entre proveedores o contratistas, o frente a algunos de ellos, por razón de la forma en que transmitan o reciban documentos, notificaciones, decisiones o alguna otra comunicación.~~

~~1 quinquies~~ 4) En los reglamentos de la contratación pública se ~~podrán establecer~~ establecerán medidas para asegurar la accesibilidad de las comunicaciones y la falta de discriminación entre proveedores o contratistas, a fin de dar efecto [a las disposiciones de/normas de accesibilidad enunciadas en] al artículo [4 *ter*], y podrán prever medidas para asegurar la autenticidad, la integridad, la accesibilidad y la confidencialidad de las comunicaciones, ~~y para cerciorarse de~~ así como la intercambiabilidad de los sistemas utilizados para transmitirlas y recibirlas."

5. El artículo 9 de la Ley Modelo en la Guía para la incorporación al derecho interno

"**Artículo 9. Forma de las comunicaciones**

1) El artículo 9 tiene por objeto evitar incertidumbres sobre la forma requerida con arreglo a la Ley Modelo para el intercambio de las comunicaciones entre la entidad adjudicadora y los proveedores o contratistas. El requisito formal básico, de no disponer otra cosa algún otro artículo de la Ley Modelo, es que la comunicación se haga de forma que deje constancia de su contenido.

1) *bis*. [El artículo 4 *ter*] de la Ley Modelo permite a la entidad adjudicadora seleccionar el medio de comunicación que va a utilizarse en un determinado proceso de contratación, y las "normas de accesibilidad" (que se aplican igualmente a todos los medios de comunicación, ya sean electrónicos, de papel o de otro tipo) condicionan esa elección, a fin de salvaguardar los objetivos de la Ley Modelo (incluido el objetivo de que el medio de comunicación elegido no debe constituir un obstáculo de acceso). Las disposiciones de este artículo requieren que la elección de la forma de las comunicaciones se especifique en el pliego de condiciones y hacen referencia a una única elección de comunicaciones para cada contratación (y no una para cada proveedor o para cada contratista). Sin embargo, en el pliego de condiciones pueden preverse otros medios de presentación para determinados documentos o tipos de documentos que no puedan presentarse por los medios de comunicación elegidos (como las garantías de ofertas, dibujos complejos

y certificados formales de constitución de empresas, pago de impuestos, etc., que (en el momento de escribir) no estén generalmente disponibles en forma electrónica).

2) Es evidente que el artículo 9 no trata de dar una respuesta a todas las cuestiones técnicas y jurídicas que pueda suscitar el empleo del EDI o de otros métodos no tradicionales de comunicación en el contexto de un proceso de contratación, ni tampoco a otras cuestiones conexas, como sería la emisión por medios electrónicos de una garantía de oferta, que trasciendan del marco de las "comunicaciones" previstas en la Ley Modelo, y que deberán regirse por alguna otra norma de derecho.

3) A fin de evitar a la entidad adjudicadora y a los proveedores o contratistas toda demora innecesaria, el párrafo 2) permite que determinados tipos de comunicaciones se efectúen a título preliminar por otros medios, en particular el teléfono, que no dejen constancia del contenido de la comunicación, con tal de que esa comunicación preliminar sea inmediatamente confirmada por otra comunicación efectuada por algún medio que sí deje constancia de su contenido.

~~3 bis. La versión revisada del artículo 9 de la Ley Modelo dispone que la entidad adjudicadora podrá seleccionar el método utilizable para el intercambio de comunicaciones con los proveedores o contratistas en el curso del proceso de contratación. Esta disposición tiene por objeto facultar a la entidad adjudicadora para insistir en el empleo de alguna determinada vía de comunicación, como pudiera ser la vía electrónica, sin tener que justificar su elección. Ahora bien, ese derecho estará sujeto a dos criterios de control: en primer lugar, la vía de comunicación escogida debe servir a los objetivos de la Ley Modelo (es decir, a los objetivos enunciados en el preámbulo de la Ley Modelo) y, en segundo lugar, esa vía de comunicación no debe suponer un obstáculo que dificulte el acceso de los interesados al proceso de adjudicación (debe satisfacer las "normas de accesibilidad" descritas en los anteriores párrafos **, que serán aplicables a toda vía seleccionada). A este respecto, se han insertado los párrafos 1) bis 1) ter y 3) a fin de reforzar las salvaguardias enunciadas en el artículo 9 contra toda práctica discriminatoria o, de algún modo excluyente, en la que pudiera incurrir la entidad adjudicadora (A/CN.9/575, párr. 33). Todo incumplimiento de la obligación de la entidad adjudicadora de obrar en el convencimiento de que la vía empleada es conforme a las normas de accesibilidad, pudiera motivar un recurso presentado con arreglo al artículo 54, mientras que la información mínima consignada en el expediente que deberá llevarse de todo proceso de adjudicación, con arreglo al artículo 11, permitirá determinar si la entidad adjudicadora violó esas normas al seleccionar la vía de comunicación.~~

~~3 ter. Los párrafos 1) bis y 3) tienen además por objeto denegar claramente a los proveedores y contratistas todo derecho a insistir en el empleo de alguna vía particular de comunicación con la entidad adjudicadora, no dando pie alguno para poder alegar ese derecho (A/CN.9/575, párr. 33).~~

~~3 quáter. Se ha insertado el texto del párrafo 1) ter para hacer posible la presentación de las ofertas por vía electrónica, práctica que está actualmente prohibida con arreglo al artículo 30 de la Ley Modelo (véase A/CN.9/568, párr. 32 y A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, párrs. 22 a 37).~~

3) ~~quinquies~~ *bis*. Se ha insertado en el texto un nuevo párrafo ~~1) quinquies~~ 3) a fin de señalar a los Estados promulgantes que:

a) Debería haber procedimientos y sistemas apropiados para determinar la autenticidad de las comunicaciones;

b) Los medios empleados para enviar y recibir comunicaciones deberían ser suficientes para asegurar que se preserve la integridad de los datos;

c) Se mantiene el carácter confidencial de la información presentada por los proveedores o relativa a ellos;

d) Los instrumentos o sistemas utilizados para enviar y recibir comunicaciones son plenamente compatibles (o intercambiables);

e) Los medios empleados para enviar y recibir comunicaciones deberían permitir determinar la fecha y, en su caso, el momento de recepción de los documentos. ~~siempre que~~ El momento de recepción es un factor ~~cumpla alguna función~~ pertinente para la aplicación de las reglas del proceso de contratación pública ~~(~~a, por ejemplo, la presentación de solicitudes de participación y de ofertas/propuestas~~)~~; y

f) Los medios utilizados para enviar y recibir comunicaciones deberían ser seguros, es decir, deberían garantizar que las ofertas y otros documentos importantes no pudieran ser vistos por la entidad adjudicadora ni por otras personas antes de ningún plazo, a fin de evitar que las entidades adjudicadoras comunicaran información sobre otras ofertas a proveedores favorecidos, y para evitar que los ofertantes concurrentes tuvieran acceso a las ofertas de sus competidores ~~(seguridad)~~ ~~(A/AC.9/568, párr. 41)~~.

3) ~~sexies~~*ter*. Por lo que respecta a las comunicaciones electrónicas, los apartados a), b) y c) del párrafo anterior se regularán por la legislación general de comercio electrónico, y tal como se señala en el párrafo [remitir al párrafo correspondiente de la sección de orientación general] *supra*, los Estados promulgantes [podrán/deberán] estudiar el grado en que sus respectivas legislaciones prevén controles adecuados de las comunicaciones que pueden generarse en el proceso de contratación pública y verán si se necesita una mayor reglamentación y si hay que hacer referencia a la necesidad de tales controles en sus reglamentaciones de contratación pública. Por ejemplo, ~~el derecho interno de un país donde se exige que los jefes de~~ las entidades adjudicadoras ~~antes de utilizar algún sistema de comercio electrónico,~~ "deberían asegurarse de que ~~el sistema utilizado [por la entidad adjudicadora]~~ sus sistemas tuvieran la capacidad para garantizar la autenticación y la confidencialidad de forma proporcional al riesgo y a la magnitud del daño que pudiera causar una pérdida, un abuso o un acceso no autorizado o la modificación de la información~~"~~.

3) *quater*~~septies~~. Los apartados d), e) y f) requieren soluciones específicas para la contratación pública, que se deriven sobre todo de la presentación de ofertas por vía electrónica y que se regulan en los párrafos [hacer remisión a los párrafos pertinentes] *infra*.

3) *quinquies*. Los Estados promulgantes tal vez deseen permitir que las entidades adjudicadoras impongan un pago por cualquier sistema de propiedad (como programas informáticos) requerido para las comunicaciones en una determinada contratación pública, pero deberían velar por que las entidades adjudicadoras no pudiesen utilizar esta posibilidad para imponer pagos desproporcionados o para restringir el acceso a la contratación pública."

E. Validez jurídica de un contrato adjudicado por vía electrónica

6. Propuestas de revisión de la Guía para la incorporación al derecho interno en relación con el artículo 36 de la Ley Modelo

"**Artículo 36. Aceptación de una oferta y entrada en vigor del contrato**

1) *bis*. Los artículos 27 y) y 38 u) de la Ley Modelo hacen referencia a un contrato "escrito", y el artículo 36 2) a) y b) dispone que el pliego de condiciones puede requerir que el proveedor o el contratista cuya oferta haya sido aceptada, "firme un contrato escrito" ~~[, que podrá ser suscrito con una firma tradicional o con una firma electrónica]. [~~Los Estados promulgantes [podrán/deberán] que en sus respectivas legislaciones se reconozcan los contratos ejecutados por vía electrónica.~~]~~

a) Contratación electrónica

1) *ter*. ~~La solución preconizada por la CNUDMI, enunciada en e~~El artículo 11 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico ~~no~~ tiene por objeto ~~interferir en las normas generales de la concertación de contratos. Más bien, el propósito declarado es~~ "promover el comercio internacional fomentando una mayor seguridad jurídica en la formación y celebración de contratos por medios electrónicos (aun cuando la oferta y aceptación sean generadas por ordenadores). ~~El artículo no trata solamente de la formación del contrato, sino también de la forma en que cabría expresar la oferta y la aceptación de la misma. En ciertos países, [el texto de esta disposición] ... podría considerarse como la mera expresión de algo evidente, como que la oferta y la aceptación pueden ser comunicadas por cualquier medio, incluidos los mensajes de datos. No obstante, la disposición es necesaria debido a la incertidumbre que subsiste en numerosos países sobre la posibilidad de que un contrato puede perfeccionarse válidamente por medios electrónicos. Esa incertidumbre dimana del hecho de que, en ciertos casos, los mensajes de datos, en los que se expresaban la oferta y la aceptación, podían ser generados por una terminal informática sin que hubiera una intervención humana inmediata, dando así lugar a dudas en cuanto a la expresión de voluntad de las partes. Otra razón de esa incertidumbre era inherente a la modalidad de comunicación y se debe a la ausencia de un documento consignado sobre papel." El propio artículo dispone que no se negará validez o fuerza ejecutoria a un contrato por la sola razón de~~ Según esas disposiciones, no se podrá denegar validez ni ejecutabilidad a un contrato por la mera razón de que ha sido celebrado por medio de comunicaciones electrónicas ~~haberse utilizado en su formación un mensaje de datos [es decir, una comunicación electrónica]~~.

b) Firmas electrónicas

1) *quater*. ~~Por razones prácticas, tal vez l~~Los Estados promulgantes [podrán/deberán] también prescribir la forma en que las partes firmarán o por lo demás autenticarán un contrato adjudicado que se haya celebrado electrónicamente, de conformidad con su legislación sobre comercio electrónico. Algunos Estados pueden prever requisitos para formas digitales u otras formas autenticadas de firmas electrónicas en el comercio electrónico que pueden aplicarse a la contratación pública siempre y cuando su utilización no restrinja el acceso a la contratación pública.

1) *quinquies*. ~~La solución propuesta por la CNUDMI puede verse formulada en e~~ El artículo 7 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública y la Ley Modelo sobre las Firmas Electrónicas[2] ~~En el comentario que hace la Guía acerca de ese artículo se indica que tiene por finalidad promover~~ promueven la confianza en las firmas electrónicas ~~para surtir el efecto jurídico de una firma manuscrita en todo supuesto en el que la firma electrónica~~ disponiendo que son funcionalmente equivalentes a las firmas manuscritas. Las propias disposiciones ~~regulan la cuestión de~~ establecen que una firma electrónica ~~de un documento a la luz del principio de la equivalencia funcional, al disponer que:~~ ~~"[c]uando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos~~ cumplirá el requisito legal para ser una "firma" si se utiliza de modo que, a la luz de todas las circunstancias ~~en las que se haya generado o comunicado el mensaje de datos, a la luz incluso de cualquier acuerdo pertinente~~ del caso, incluido cualquier acuerdo aplicable, sea fiable y resulte igualmente apropiada."

F. Obligación de llevar un expediente del proceso de adjudicación

7. Texto de la Guía que aborda el artículo 11 de la Ley Modelo

"**Artículo 11. Expediente del proceso de contratación**

1) Uno de los medios más eficaces para favorecer la transparencia y el control efectivo de ese proceso es obligar a la entidad adjudicadora a llevar un expediente del proceso de adjudicación. El expediente debe recoger en forma resumida los datos principales del proceso de adjudicación, facilitando así el ejercicio por el proveedor o contratista agraviado de su derecho de recurso, lo que a su vez contribuye a que el régimen de la contratación pública disponga, en la medida de lo posible, de un mecanismo de autocontrol. Además, el imponer a la entidad adjudicadora la obligación de consignar en el expediente todo dato pertinente facilitará la labor de auditoría de los órganos de control y hará que la entidad adjudicadora se sienta más directamente responsable ante el público por el desembolso de fondos públicos.

---

[2] El texto de la Ley Modelo figura en *Documentos Oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/56/17), anexo II. La Ley Modelo y la Guía para su incorporación al derecho interno, que la acompaña, se publicaron como publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.02.V8 y pueden consultarse en formato electrónico en el sitio web de la CNUDMI (www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/ml-elecsig-s.pdf).

1) *bis*. El artículo 11 se ocupa, no obstante, de la accesibilidad y disponibilidad de la información consignada en el expediente y no señala requisito de forma alguno ni las condiciones que han de cumplirse para poder llevar el expediente en un formato determinado ~~forma electrónica (A/CN.9/575, párr. 45)~~. Ahora bien, las normas de accesibilidad, enunciadas en [el artículo 4 ~~bis o 5 bis~~ *ter*], exigen, no obstante, que la entidad adjudicadora seleccione, para llevar el expediente, algún procedimiento de conservación o archivo de la información que la torne y mantenga accesible hasta que haya transcurrido el plazo de reconsideración del artículo 52 de la Ley Modelo, ~~aun cuando la tecnología utilizada siga avanzando, y que además no resulte discriminatorio~~. El Estado promulgante [podrá/deberá] también dictar algún reglamento que obligue a utilizar sistemas para conservar el expediente que sean plenamente compatibles entre sí (o mutuamente compatibles) y que permitan que toda comunicación intercambiada en el proceso de adjudicación pueda ser verificada, a fin de que se pueda establecer la rastreabilidad (identidad del expedidor y del receptor, así como la fecha y hora y la duración) de cada comunicación (y que sea reconstituible toda operación de procesamiento automático de los datos o de cálculo~~: rastreabilidad de la operación~~). Además, el reglamento podrá determinar si deberá dejarse constancia de todo acceso obtenido al expediente del proceso o a la documentación del contrato, así como toda otra cuestión de protección de los datos que pueda surgir, a fin de velar por la integridad y seguridad de los datos, y por la confidencialidad de la información presentada y de las comunicaciones intercambiadas, lo cual puede verse tratado más en detalle en [se hará remisión al párrafo pertinente de la Guía.] La disposición del [párrafo 1 b) *bis*], que requiere de la entidad adjudicadora que registre el medio de comunicación elegido en el expediente del procedimiento de contratación, ha sido incluido en el texto a fin de posibilitar la decisión de la entidad adjudicadora y su cumplimiento de las "normas de accesibilidad" enunciadas en [los artículos 4 *ter* y 9] que podrán revisarse en el marco del artículo 52, si es necesario ~~comentario del anterior artículo 9~~."

G. Presentación por vía electrónica de las ofertas, propuestas o cotizaciones

8. Propuestas de revisión del texto del artículo 30 de la Ley Modelo

"**Artículo 30. Presentación por vía electrónica de las ofertas**

5) a) Toda oferta deberá presentarse en la forma que se especifique en el pliego de condiciones, con tal que la vía escogida por la entidad adjudicadora para la presentación de las ofertas cumpla con [las normas de accesibilidad enunciadas en] [el artículo 4 *ter*] ~~por escrito, firmada y en sobre sellado o en cualquier otra forma que se especifique en el pliego de condiciones~~;

~~b) Sin perjuicio del derecho de los proveedores o contratistas de presentar una oferta en la forma referida en el apartado a)~~, ~~la oferta podrá también presentarse en cualquier otra forma que se especifique en el pliego de condiciones, con tal de que garantice el registro del contenido de la oferta y que ofrezca, cuando menos, un grado similar de autenticidad, seguridad y confidencialidad;~~

~~c)~~ b) La entidad adjudicadora dará, a los contratistas y proveedores que lo soliciten, un recibo en donde conste la fecha y la hora de la presentación de su oferta."

H. Apertura de ofertas presentadas por vía electrónica

9. Propuestas de revisión del texto del artículo 33 de la Ley Modelo

"**Artículo 33. Apertura de las ofertas**

4) Cuando el procedimiento de contratación pública se lleve a cabo por vía electrónica de conformidad con [insértense aquí las disposiciones que regulan las comunicaciones electrónicas, las subastas inversas y, en su caso, otros procedimientos plenamente automatizados], se considerará que se ha permitido a los proveedores o contratistas estar presentes en la apertura de las ofertas con arreglo a lo dispuesto en el artículo 33 2) siempre que se les permita seguir la apertura de las ofertas [simultáneamente/instantáneamente/a través de medios electrónicos de comunicación utilizados por la entidad adjudicadora.]"

~~5) De haberse autorizado a los proveedores o contratistas a seguir el curso de la apertura de las ofertas por alguna vía electrónica de comunicación que esté siendo utilizada por la entidad adjudicadora de conformidad con lo previsto en el artículo 33 4), se entenderá que dichos concursantes fueron autorizados a asistir a la apertura de las ofertas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 2).~~

I. Publicación electrónica de información concerniente a la contratación pública

10. Propuestas de revisión del texto del artículo 5 de la Ley Modelo

"**Artículo 5. Acceso del público a [los textos normativos] [información relacionada con la contratación]**

Los textos de la presente Ley y el reglamento de la contratación pública, así como todas las decisiones y directrices administrativas de aplicación general referentes a contratos cuya adjudicación se rija por la presente Ley, ~~y~~ todas las enmiendas de esos textos, ~~así como todos los demás documentos y demás información que se hayan de publicar [o que se vengan publicando en virtud de la presente Ley]~~ y todas las resoluciones judiciales relativas a su aplicación serán puestos sin demora a disposición del público y sistemáticamente actualizados.

~~[2) Toda otra información que un Estado promulgante o una entidad adjudicadora decida publicar, por ejemplo, la relativa a todo contrato próximamente adjudicable, control interno o directriz interna, se pondrá sin demora a disposición del público [y se actualizará sistemáticamente].]~~

[posibles adiciones]

[[Todo Estado promulgante podrá optar por dar acceso al público información suplementaria sobre los controles internos, las orientaciones u otra información.]]

[Todos los demás documentos y demás información que, conforme a la presente Ley, deberán publicarse, se pondrán sin demora a disposición del público y serán sistemáticamente actualizados.]

[Los reglamentos sobre contratación pública establecerán los medios con que se publicará la información en virtud de la presente Ley, así como la manera en que se publicará.]”

G. Nota de la Secretaría sobre posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: textos normativos propuestos en relación con el empleo de la subasta electrónica inversa en la contratación pública y con las ofertas anormalmente bajas, presentada al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su noveno período de sesiones

(A/CN.9/WG.I/WP.43 y Add.1) [Original: inglés]

ÍNDICE

Párrafos

I. Introducción 1-5

II. Proyectos de disposición encaminados a permitir y regular el empleo de la subasta electrónica inversa en el marco de la Ley Modelo 6-66

A. Observaciones generales 6-8

B. Condiciones para el empleo de la subasta electrónica inversa (A/CN.9/950, y párrafos 67 a 80, y A/CN.9/WG.I/WP.40, párrafos 9 a 17) 9-37

1. Nuevo texto propuesto para la Ley Modelo: nuevo artículo [19 *bis*] 9

Comentario 10-34

a) Aprobación del empleo de la subasta electrónica inversa por terceros 10

b) Garantía de una competencia real 11

c) Inclusión de las obras o servicios en la contratación pública mediante subasta electrónica inversa 12-14

d) Lugar de inserción del texto 15-18

e) Tipos de métodos de contratación que se prestan para el empleo de la subasta electrónica inversa 19-25

f) El precio y otros criterios para evaluar las ofertas 26-34

2. Texto de la Guía para la incorporación eventual al derecho interno relativo al proyecto de artículo [19 *bis*] 35-37

Comentario 36-37

C. Procedimientos durante el período anterior a la subasta (artículo [47 *bis*]) (A/CN.9/590, párrafos 84 a 86, y A/CN.9/WG.I/WP.40, párrafos 18 a 25) 38-53

1. Nuevo texto propuesto para la Ley Modelo: nuevo artículo [47 *bis*] 39

Comentario 40-49

a) Establecimiento de la subasta electrónica inversa como método autónomo o como etapa optativa 40-41

b) Retirada de la subasta cuando no sea suficientemente competitiva 42

c) Evaluación inicial de las ofertas 43-45

d) Subastas de los modelos 1 y 2 46-48

e) Información que se ha de proporcionar a los posibles proveedores o contratistas 49

2. Texto de la Guía para la incorporación al derecho interno relativo al artículo [47 *bis*] 50-53

D. Procedimientos en la fase de la subasta (artículo [47 *ter*]) (A/CN.9/590, párrafos 88 a 93, y A/CN.9/WG.I/WP.40, párrafos 26 a 35). 54-58

1. Nuevo texto propuesto para la Ley Modelo: artículo [47 *ter*] 54-55

Comentario 56-57

2. Texto de la Guía para la incorporación al derecho interno relativo al artículo 47 *ter*. 58

E. Necesidad de llevar un expediente del proceso de contratación: adición propuesta al artículo 11 de la Ley Modelo (A/CN.9/590, párrafo 94, y A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, párrafo 3) 59

F. Contenido del pliego de condiciones (A/CN.9/590, párrafo 97, y A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, párrafo 7) 60-64

Comentario 61-64

G. Modificación y retirada de las ofertas (artículo 31 de la Ley Modelo, A/CN.9/590, párrafo 99, y AC.9/WG.I/WP.40/Add.1, párrafo 12). 65-66

I. Introducción

1. Los antecedentes de la labor que realiza actualmente el Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) en relación con la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (la "Ley Modelo") (A/49/17 y Corr.1, anexo 1) figuran en los párrafos 5 a 43 del documento A/CN.9/WG.I/WP.41, que el Grupo de Trabajo tendrá ante sí en su noveno período de sesiones. La principal tarea del Grupo de Trabajo es actualizar y revisar la Ley Modelo, a fin de tener en cuenta las novedades recientes, incluido el empleo de comunicaciones y tecnologías electrónicas en la contratación pública.

2. En su sexto período de sesiones (Viena, 30 de agosto a 3 de septiembre de 2004), el Grupo de Trabajo sostuvo un intercambio de opiniones preliminar sobre el empleo de la subasta electrónica inversa en la contratación pública. Reconociendo que esas subastas son una realidad, se declaró dispuesto a examinar la conveniencia de incorporar disposiciones habilitantes para su uso optativo en la Ley Modelo. Sin embargo, a fin de adoptar una decisión definitiva al respecto, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara un estudio acerca del empleo en la práctica de la subasta electrónica inversa en los países que la habían introducido, incluidos los criterios existentes para atenuar el riesgo de ofertas anormalmente bajas (A/CN.9/568, párr. 54).

3. En su séptimo período de sesiones (Nueva York, 4 a 8 de abril de 2005), el Grupo de Trabajo examinó los temas del empleo de la subasta electrónica inversa en la contratación pública y de las ofertas anormalmente bajas sobre la base de los estudios preparados por la Secretaría (A/CN.9/WG.I/WP.35 y Add.1, relativo a la subasta electrónica inversa, y A/CN.9/WG.I/WP.36 y Corr.1, relativo a las ofertas anormalmente bajas). El Grupo de Trabajo llegó a la conclusión de que la Ley Modelo revisada debería contener disposiciones sobre la subasta electrónica inversa, y de que deberían incorporarse en ella nuevas disposiciones que permitieran la determinación de las posibles ofertas anormalmente bajas. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara propuestas de textos normativos sobre estos temas para su octavo período de sesiones (A/CN.9/575, párrafos 60 a 62, 66 y 67, en lo relativo a la subasta electrónica inversa, y párrafo 76, en lo que concierne a las ofertas anormalmente bajas).

4. En su octavo período de sesiones (Viena, 7 a 11 de noviembre de 2005), el Grupo de Trabajo tuvo a la vista las propuestas de textos normativos sobre la subasta electrónica inversa y las ofertas anormalmente bajas que le presentó la Secretaría en cumplimiento de la petición formulada en su séptimo período de sesiones (A/CN.9/WG.I/WP.40 y Add.1). El Grupo de Trabajo solicitó a la Secretaría que revisara las propuestas de textos normativos, a fin de examinar estos temas en su noveno período de sesiones (véase A/CN.9/590, párrafos 64 a 105).

5. Esta nota se presenta a la consideración del Grupo de Trabajo en su noveno período de sesiones en respuesta a esa solicitud. Se basa en las notas conexas que la Secretaría presentó al Grupo de Trabajo sobre esos temas en sus períodos de sesiones séptimo y octavo (A/CN.9/WG.I/WP.35 y Add.1, A/CN.9/WG.I/WP.36 y Corr.1 y A/CN.9/WG.I/WP.40 y Add.1), y debería leerse conjuntamente con esas notas.

II. Proyectos de disposición encaminados a permitir y regular el empleo de la subasta electrónica inversa en el marco de la Ley Modelo

A. Observaciones generales

6. En su octavo período de sesiones, el Grupo de Trabajo observó que, respecto de las disposiciones relativas a la subasta electrónica inversa, deberían cumplirse los siguientes requisitos: i) debían enunciarse las condiciones generales para el empleo de la subasta electrónica inversa (la más importante de las cuales era que las especificaciones se formularan en términos precisos y los criterios de valoración que se utilizaran en la subasta fueran fácil y objetivamente cuantificables), ii) la Guía para la incorporación eventual en el derecho interno debía redactarse de modo que se garantizara la participación más amplia posible[1], y iii) el proyecto de artículo debería dar margen para la evolución de la subasta electrónica inversa y no excluir ningún tipo de subasta *per se*[2].

---

[1] A/CN.9/590, párr. 66.

[2] A/CN.9/590, párr. 67.

7. El Grupo de Trabajo observó asimismo en su octavo período de sesiones que quedaban pendientes las siguientes cuestiones principales, que debería examinar en su noveno período de sesiones:

a) Si las subastas electrónicas inversas se autorizarían en la Ley Modelo revisada como un método de contratación pública o como una etapa de otros métodos de adjudicación de contratos[3];

b) Si habría que someter a subasta electrónica inversa solo el precio, o también otros criterios de valoración, además del precio[4]; y

c) El lugar en que se insertarían las disposiciones sobre la subasta electrónica inversa en la Ley Modelo[5].

8. El Grupo de Trabajo señaló que no sería posible finalizar sus deliberaciones sobre las restantes disposiciones propuestas mientras no se hubieran resuelto esas cuestiones pendientes[6].

B. Condiciones para el empleo de la subasta electrónica inversa (A/CN.9/590, párrafos 67 a 80, y A/CN.9/WG.I/WP.40, párrafos 9 a 17)

1. Nuevo texto propuesto para la Ley Modelo: nuevo artículo [19 *bis*]

9. El Grupo de Trabajo pidió que el proyecto de texto que había examinado en su octavo período de sesiones se revisara de la siguiente manera (las propuestas de nuevo texto están subrayadas, y el texto que se propone suprimir está tachado):

"Artículo [19 *bis*]. Condiciones para la subasta electrónica inversa

La entidad adjudicadora podrá (, con la aprobación de ... (el Estado promulgante designará el órgano competente),) [realizar una contratación pública/seleccionar al ofertante ganador con arreglo al artículo 34 4) b)] por medio de una subasta electrónica inversa de conformidad con el artículo [los artículos 47 *bis* y *ter*] en las circunstancias siguientes:

a) Cuando la entidad adjudicadora esté en condiciones de formular especificaciones detalladas y precisas ~~[y exactas]~~ de los bienes [las obras o los servicios]~~, con objeto de que se pueda homogeneizar el proceso de contratación~~;

b) Cuando exista un mercado competitivo de ~~por lo menos [diez]~~ proveedores o contratistas que presumiblemente reúnan las condiciones para participar en la subasta electrónica inversa <u>de manera que se garantice que esta sea competitiva</u>; y

c) Cuando los bienes [, las obras o los servicios] de que se trate sean normalizados ~~[productos estándar] [productos básicos]~~,"

---

[3] A/CN.9/590, párr. 65.
[4] A/CN.9/590, párrs. 76 a 78.
[5] A/CN.9/590, párrs. 103 a 105.
[6] A/CN.9/590, párrs. 81, 86, 87 y 102.

Con el siguiente texto adicional facultativo para el apartado c):

Variante A

"[de modo que/y] el precio de éstos sea el único criterio que se utilice para determinar la oferta ganadora"

Variante B

"[de modo que/y] el precio de éstos y otros criterios cuantificables expresados en [cifras o porcentajes del precio/términos monetarios] sean los únicos criterios que se utilicen para determinar la oferta ganadora"

Variante C

"y todos los criterios que se presenten y evalúen en la subasta puedan evaluarse automáticamente"

Comentario

a) Aprobación del empleo de la subasta electrónica inversa por terceros

10. En su octavo período de sesiones, el Grupo de Trabajo decidió que examinaría nuevamente si el texto entre paréntesis del apartado a) "(, con la aprobación de … (el Estado promulgante asignará el órgano competente),)" debía mantenerse, en particular en lo que respecta a si un tercero debería tener esa facultad en este contexto[7].

b) Garantía de una competencia real

11. En lo que respecta al apartado b), el Grupo de Trabajo decidió que en el texto no debía estipularse un número mínimo de proveedores[8].

c) Inclusión de las obras o servicios en la contratación pública mediante subasta electrónica inversa

12. Esta cuestión se aborda en los apartados a) y c). El Grupo de Trabajo ha decidido, a título preliminar, no excluir del proyecto ni los servicios ni las obras, en espera de su decisión ulterior acerca de las categorías de contratos que se prestan para una subasta electrónica inversa[9].

13. El Grupo de Trabajo ha observado asimismo que, para que una subasta electrónica inversa funcione correctamente (es decir, para garantizar que los ofertantes apliquen precios realistas y hagan la mejor oferta posible), los concursantes tienen que poder definir la estructura de costos de sus ofertas en detalle. Puesto que los contratistas principales que participen en una subasta de obras complejas no dispondrán de esos detalles respecto de los elementos

---

[7] A/CN.9/590, párr. 68.

[8] A/CN.9/590, párr. 75.

[9] Teniendo en cuenta que algunas subastas electrónicas inversas se realizan sobre la base de listas o catálogos en los que se indican los contratos adjudicables por ese procedimiento (A/CN.9/590, párrafos 72 y 73).

subcontratados de su oferta, este tipo de contratación pública puede no ser adecuado para una subasta electrónica inversa[10].

14. La mayoría de los sistemas que regulan las subastas electrónicas inversas excluyen la mayor parte de la contratación pública de obras, pero hay cierta variación en el carácter prescriptivo de las disposiciones. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar en qué medida el artículo debería ser prescriptivo o facultativo, y cuánta orientación sobre estas cuestiones debería incluirse en la Guía para su incorporación eventual al derecho interno (por ejemplo, sobre las cuestiones planteadas en el párrafo precedente).

d) Lugar de inserción del texto

15. En su octavo período de sesiones, el Grupo de Trabajo observó que el artículo 19 *bis* propuesto trataba de las condiciones para el empleo de la subasta electrónica inversa y se había propuesto como disposición independiente, semejante a los otros métodos de contratación pública regulados en el capítulo V de la Ley Modelo.

16. Sin embargo, el Grupo de Trabajo ha solicitado que en esta fase las disposiciones se formulen de modo que la subasta electrónica inversa pueda tratarse ya sea como método aparte o como una etapa de otros métodos de contratación. El Grupo de Trabajo tal vez considere que insertar el proyecto de texto relativo a las condiciones para el empleo de la subasta electrónica pública como artículo del capítulo II de la Ley Modelo ("Métodos de contratación y condiciones para su aplicación") implica de hecho que se trata de un método de contratación autónomo.

17. El Grupo de Trabajo tal vez considere que el empleo de la subasta electrónica inversa plantea cuestiones que son específicas de ese tipo de subasta y que, aunque solo sea por ese motivo, podría regularse más eficientemente como método de contratación pública autónomo. Sin embargo, las condiciones para el empleo podrían especificar los tipos de contratos que pueden adjudicarse de esa manera (aplicando, por ejemplo, las condiciones para el empleo de procedimientos de licitación y de la solicitud de cotizaciones). En la sección siguiente figura una descripción de esos procedimientos. En tal caso, las condiciones para el empleo que se consignan en el primer párrafo del proyecto de texto deberían ampliarse de manera que sea posible establecer las especificaciones durante el proceso de contratación, en lugar de tener que hacerlo desde el comienzo.

18. El Grupo de Trabajo ha observado asimismo que todas las disposiciones relacionadas con la subasta electrónica pública podrían reunirse en una sección, revisando los artículos de la Ley Modelo que regulan los procedimientos pertinentes, o estableciendo excepciones a otros procedimientos, con las remisiones que fueran necesarias[11]. Por lo tanto, el Grupo de Trabajo tal vez considere que las disposiciones, ya sea que permitan la subasta electrónica inversa como método autónomo o que la consideren una etapa de otros métodos de contratación, deberían en todo caso figurar juntas, para facilitar su utilización por parte de las entidades adjudicantes. Así pues, por ejemplo, podrían insertarse como sección III *bis* en el

---

[10] A/CN.9/590, párrafos 70 y 78.

[11] A/CN.9/590, párrafos 103 a 105.

capítulo III, si la subasta electrónica inversa se autoriza como una etapa del procedimiento de licitación, o en el capítulo V *bis*, si se la considera un método autónomo o si se autoriza su empleo en cualquier otro método de contratación pública.

e) Tipos de métodos de contratación que se prestan para el empleo de la subasta electrónica inversa

19. Como cuestión relacionada con el lugar de inserción del texto, el Grupo de Trabajo ha observado que en el texto de la Guía debería señalarse que las condiciones para el empleo de la licitación restringida no se aplicarán normalmente a la contratación pública que se presta para una subasta electrónica inversa (y, de manera implícita, tampoco se aplicarán las relativas a los "otros" métodos de contratación) y que, por lo tanto, en circunstancias normales, no debería restringirse el número de participantes.

20. Al examinar si la subasta electrónica inversa ha de constituir un método de contratación autónomo o una etapa optativa de otros métodos de contratación, el Grupo de Trabajo podría considerar que hay dos formas de incluir esas subastas como etapa optativa. En primer lugar, teniendo en cuenta la orientación mencionada en el párrafo anterior, el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si la subasta electrónica inversa debería utilizarse solo como una etapa del procedimiento de licitación. A este respecto, podría considerar necesaria la amplia publicación inicial, dada la percepción general de un riesgo mayor de corrupción y abuso en los procedimientos distintos de la licitación. Por otra parte, una subasta electrónica inversa puede ser más transparente y competitiva de lo que podría ser un procedimiento de contratación pública urgente.

21. En el párrafo 16 de la actual Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno se dice lo siguiente en relación con la licitación: "Entre los rasgos característicos de la licitación enunciados en la Ley Modelo cabe citar los siguientes: como regla general, la convocatoria no restrictiva de proveedores o contratistas; la especificación y descripción completa en el pliego de condiciones de los bienes, de las obras o de los servicios objeto del contrato a fin de que los proveedores o contratistas puedan preparar sus ofertas sobre una misma base; la revelación completa a los proveedores o contratistas de los criterios que se aplicarán para la valoración y comparación de las ofertas y para la selección de la oferta ganadora (por ejemplo el precio únicamente, una combinación del precio y de algunos criterios técnicos o económicos); la estricta prohibición de toda negociación entre la entidad adjudicadora y los proveedores o contratistas sobre el contenido de sus ofertas; la apertura pública de las ofertas al término del plazo para su presentación; y la notificación de toda formalidad requerida para la entrada en vigor del contrato adjudicado." El Grupo de Trabajo tal vez considere que estas condiciones son las que deberían aplicarse antes de recurrir a la subasta electrónica inversa.

22. En el párrafo 18 de la Guía se añade que las entidades adjudicadoras pueden utilizar otros métodos de contratación pública (la licitación en dos etapas, la solicitud de propuestas y la negociación competitiva) si no les es posible formular las especificaciones con el grado de precisión o de finalidad requerido para convocar la licitación. Esta situación puede darse, por ejemplo, si la entidad

adjudicadora no ha establecido la manera exacta en que ha de satisfacer determinada necesidad, por lo que solicita propuestas sobre las diversas soluciones posibles, o cuando se trata de la contratación de productos de tecnología avanzada y, dados el contenido técnico y la complejidad del objeto requerido, tal vez sea preferible que las especificaciones se determinen después de las negociaciones con los proveedores y contratistas sobre las capacidades exactas y las variaciones posibles. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si sería apropiado autorizar que una vez establecidas las especificaciones después de las negociaciones de consulta con los proveedores, la segunda etapa de la contratación se realice mediante una subasta electrónica inversa en el caso de la licitación en dos etapas y de la negociación competitiva (en cambio, las condiciones para el empleo de la solicitud de propuestas y de la contratación con un solo proveedor o contratista parecen excluir el uso de la subasta electrónica inversa). De la misma manera, otro uso de la negociación competitiva, en casos de contratación urgente, puede ser más transparente y competitivo si el procedimiento incluye una subasta electrónica inversa.

23. La Ley Modelo permite también utilizar la licitación restringida en el caso de bienes, obras o servicios técnicamente complejos o especializados que solo puedan obtenerse de un número limitado de proveedores o en el caso de una contratación de muy bajo valor. Nuevamente, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si sería procedente utilizar la subasta electrónica inversa para adjudicar este tipo de contratos. Asimismo, para una contratación de bajo valor de bienes o servicios normalizados, la Ley Modelo permite utilizar el método de la solicitud de cotizaciones (también llamado "cotejo de precios").

24. Si el Grupo de Trabajo considera que debería permitirse incorporar la subasta electrónica inversa en los "otros métodos de contratación pública" para determinar el proveedor ganador, el proyecto de condiciones para el empleo que figura más arriba debería reformularse a fin de que permita establecer las especificaciones durante el proceso de contratación, para prever la posibilidad de que los bienes de que se trate no sean "normalizados", y para incluir la selección del proveedor o contratista ganador "de conformidad con el párrafo 4) del artículo 49" (negociación competitiva) o la adjudicación a "la cotización más baja, de conformidad con el párrafo 3) del artículo 50" (solicitud de cotizaciones). Si la utilización de la subasta electrónica inversa ha de limitarse a los procedimientos de licitación (incluidas la licitación restringida y en dos etapas), el texto contendrá una remisión a las disposiciones vigentes pertinentes. La utilización del término "ofertas" ("bid") debería también reflejar las deliberaciones del Grupo de Trabajo a ese respecto, por cuanto este término puede ser apropiado para un método autónomo, mientras que los términos alternativos "licitación" ("tender") o "offer", en inglés serían adecuados para las subastas electrónicas inversas como etapa de otros métodos de contratación pública.

25. En espera de las decisiones del Grupo de Trabajo a este respecto, las disposiciones relativas a los aspectos de procedimiento de las subastas electrónicas públicas (artículos 47 *bis* y *ter*) se presentan sobre la base de un método autónomo o de una etapa facultativa del procedimiento de licitación.

f) El precio y otros criterios para evaluar las ofertas

26. En lo que respecta a los criterios que se podrán someter a subasta (de los que se habla en el texto adicional facultativo del apartado c) del artículo 19 *bis* propuesto), el Grupo de Trabajo ha observado que el proyecto exige que se tome una decisión acerca de si se debería someter a la subasta electrónica inversa solo el precio, o también otros criterios de evaluación, y ha aplazado su examen de esta cuestión[12].

27. El Grupo de Trabajo ha señalado que la principal cuestión que se ha de examinar es si la subasta electrónica inversa debe incluir criterios distintos del precio que sean cualitativos y no cuantificables[13].

28. Hay dos modelos de subasta electrónica inversa que pueden tenerse en cuenta al abordar este asunto. El primero ("modelo 1") se refiere a una subasta electrónica inversa en la que todos los aspectos de las ofertas que se han de evaluar para seleccionar al proveedor ganador deben presentarse a través de la subasta. Estos criterios son ya sea el precio por sí solo, o el precio y equivalentes del precio que puedan expresarse como un porcentaje del precio o en cifras.

29. El segundo ("modelo 2") comprende la evaluación anterior a la subasta de todos los elementos de la oferta inicial, o de aquellos que no se han de presentar a subasta, después de lo cual se evalúa a los proveedores y se les comunica la puntuación de sus respectivas ofertas. Todos los criterios de evaluación se combinan luego en una fórmula matemática, que reordenará los niveles de puntuación de los concursantes al presentarse cada oferta durante la subasta propiamente dicha. En todo caso, no hay ningún criterio que no se evalúe ya sea antes de la subasta electrónica inversa o durante ella[14].

30. Si solo han de preverse las subastas del modelo 1, el Grupo de Trabajo tal vez desee incluir ya sea el texto adicional de la variante A o el de la variante B.

31. Como ya se ha señalado, la subasta electrónica inversa del modelo 2 se basa en procedimientos más complejos que permiten presentar a subasta criterios distintos del precio, de modo que se aplica el equivalente del enfoque de la oferta más económica que se describe en el párrafo 4) b) ii) del artículo 34 de la actual Ley Modelo. En las subastas del modelo 2, se utiliza una fórmula para cuantificar los elementos distintos del precio o de un equivalente del precio que se presenten. Está implícito en el hecho de que se utilice una fórmula que esos elementos deben expresarse como cifras, porcentajes o de alguna otra forma numérica. Sin embargo, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si es realista suponer que los criterios distintos del precio o distintos del equivalente del precio pueden expresarse de esa manera con claridad y transparencia.

---

[12] A/CN.9/590, párrafos 76 y 77.

[13] A/CN.9/590, párrafo 86.

[14] El Grupo de Trabajo ha decidido que no se debe incluir un tercer tipo de subasta, descrito en el párrafo 33 del documento A/CN.9/WG.I/WP.35, en el que al finalizar la subasta no se ha determinado el ofertante ganador. Véase además el párrafo 84 del documento A/CN.9/590.

32. Las nuevas directivas de la Unión Europea[15] disponen que esos criterios distintos del precio se sometan a subasta, pero la Secretaría ha podido encontrar solo muy pocos ejemplos de subastas de ese tipo realizadas en la práctica para poder examinar su eficacia. En los ejemplos encontrados, los criterios no cuantificables se evaluaron utilizando un sistema de puntos. Por ejemplo, los aspectos técnicos y comerciales de la licitación se evaluaron en un caso en relación con una puntuación máxima de 6.000, y cada uno de los puntos se convirtió utilizando un "tipo de cambio" de 2.500 para equiparar las reducciones de precios con el valor adicional representado por los puntos de evaluación distintos del precio (estos últimos incluían aspectos tales como la gestión del subcontratista y la capacidad de ocuparse de aspectos incidentales no habituales del contrato, por ejemplo obstáculos de tipo arqueológico). En otro caso, el valor del riesgo que recae en la entidad adjudicadora por pequeños incumplimientos y salvedades de la oferta se ponderó en términos monetarios (lo cual es relativamente sencillo si el riesgo puede asegurarse, pero puede ser difícil en los demás casos).

33. Si se establecen también las subastas del modelo 2, el Grupo de Trabajo tal vez desee incluir el texto adicional de la variante C.

34. Otra posibilidad es que el Grupo de Trabajo considere que la utilización de las subastas electrónicas inversas del modelo 2 en el sector público aún está en sus comienzos (a diferencia del uso de diversos tipos de subasta del modelo 3)[16], y que, puesto que esas técnicas se están elaborando y perfeccionando, la Ley Modelo debería redactarse de modo que permita su introducción en el momento oportuno (tal vez mediante reglamentos).

2. Texto de la Guía para la incorporación eventual al derecho interno relativo al proyecto de artículo [19 *bis*]

35. En los párrafos 1 a 3 inclusive del texto anterior, que figuran después del párrafo 17 en el documento A/CN.9/WG.I/WP.40, no se han efectuado cambios. El texto que se propone suprimir, de acuerdo con las conclusiones del Grupo de Trabajo en su octavo período de sesiones, está tachado.

---

[15] Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, y Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (*Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. L 134, 30 de abril de 2004, págs. 114 y 1, respectivamente. Ambas pueden consultarse en el sitio http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/legislation_en.htm).

[16] Véase la nota de pie de página 14. El principal elemento de este tipo de subasta es que cuando se cierra la fase de la subasta electrónica inversa, los proveedores no saben quién ha presentado la mejor oferta; esto se determina una vez que se han tenido en cuenta los aspectos de las ofertas que no han sido objeto de subasta. Este modelo se usa también en las Directivas de la Unión Europea relativas a la contratación pública de 31 marzo de 2004 (véase la nota de pie de página 15), como se demuestra en los estudios de casos sobre subastas electrónicas inversas que figuran en el sitio www.ogc.gov.uk.

"**Artículo [19 *bis*]. Condiciones para la subasta electrónica inversa**

4) A la luz de lo expresado anteriormente, los Estados promulgantes tal vez deseen establecer otras condiciones para la subasta electrónica inversa en la reglamentación. Por ejemplo, se podría utilizar exclusivamente para bienes normalizados ~~[productos estándar] [productos básicos]~~, [y ciertos tipos de obras y servicios sencillos], entre ellos productos básicos (combustible, bienes de equipo estándar de tecnología de la información, suministros de oficina y materiales básicos de construcción) y artículos que entrañen gastos de postventa menores o nulos y no requieran servicios ni mejoras una vez que se haya cumplido el contrato inicial. Si bien podrían utilizarse listas ilustrativas para determinar los bienes [obras y servicios] que se podrían contratar mediante subastas electrónicas inversas, los Estados promulgantes deben ser conscientes de que las listas habrán de actualizarse periódicamente, a medida que vayan surgiendo nuevos productos u otros artículos pertinentes. Se ha observado que algunos trabajos de construcción y servicios (por ejemplo, de mantenimiento de carreteras) pueden ser objeto fácilmente de subastas electrónicas inversas, si bien en la mayoría de los servicios y obras la utilización de este método de contratación quedará descartada debido a la exigencia de formular especificaciones detalladas y precisas ~~[y exactas]~~.

5) A efectos de reducir al mínimo el riesgo de prácticas colusorias, entre ellas la notificación indebida de precios, ~~y~~ de preservar la anonimidad de los participantes en el curso de la subasta y de garantizar un grado adecuado de competencia, ~~los Estados promulgantes tal vez deseen establecer el número mínimo de proveedores o contratistas del mercado correspondiente~~ las disposiciones exigen que haya un número suficiente de posibles proveedores que presumiblemente vayan a participar en la subasta electrónica inversa. En el artículo 47 *bis* se dispone que el procedimiento se retire si el número de ofertantes fuera inferior a ese nivel antes de la apertura de la subasta electrónica inversa propiamente dicha. Sin embargo, los Estados promulgantes tal vez consideren que no debería autorizarse a los proveedores a participar en una subasta electrónica inversa por poder o por teléfono, ya que tal participación podría generar un riesgo de abuso, y la utilización de Internet, a diferencia tal vez de los sistemas telefónicos, garantiza la confirmabilidad del procedimiento."[17]

Comentario

36. Las modificaciones del proyecto de texto que se presentó al Grupo de Trabajo en su octavo período de sesiones reflejan los cambios de redacción sugeridos por el Grupo de Trabajo. Sin embargo, habrá que hacer adiciones importantes al texto una vez que se hayan elaborado las cuestiones expuestas en el contexto del proyecto de artículo [19 *bis*] de la Ley Modelo, en particular para impartir orientación sobre las condiciones del apartado c) del proyecto.

---

[17] Véase además el documento A/CN.9/WG.I/WP.40, párrafo 12.

37. El Grupo de Trabajo ha observado que puede existir el riesgo de no alcanzar el nivel de competencia requerido si los proveedores pueden retirar sus ofertas antes de la subasta electrónica inversa propiamente dicha. En el texto de la Guía relativo a este artículo se podría, por lo tanto, remitir a las disposiciones en las que se exige a la entidad adjudicante que retire la subasta electrónica inversa si no se logra garantizar una competencia real. Véase además el párrafo 42 del presente documento.

C. Procedimientos durante el período anterior a la subasta (artículo [47 *bis*]) (A/CN.9/590, párrafos 84 a 86, y A/CN.9/WG.I/WP.40, párrafos 18 a 25)

38. El Grupo de Trabajo ha pedido a la Secretaría que prepare y le presente dos disposiciones alternativas sobre los procedimientos durante el período anterior a la subasta, que reflejen los modelos 1 y 2 de subasta electrónica inversa, respectivamente.

1. Nuevo texto propuesto para la Ley Modelo: nuevo artículo [47 *bis*][18]

39. Estos procedimientos se refieren a las medidas concretas que se han de adoptar en preparación de una subasta electrónica inversa, y se aplicarían tanto si la subasta se utiliza como método autónomo como si constituye una etapa de otros métodos de contratación. Sin embargo, como ya se señaló, se basan en los procedimientos de licitación, en espera de que el Grupo de Trabajo adopte una decisión sobre las cuestiones expuestas en los párrafos 15 a 18 *supra*.

"Artículo [47 *bis*]. Subasta electrónica inversa -período anterior a la subasta

1) [Lo dispuesto en el capítulo III de la presente Ley se aplicará a la subasta electrónica inversa, salvo en la medida en que se disponga otra cosa en el presente artículo.]

2) Antes de la subasta, los proveedores o contratistas presentarán [licitaciones/ofertas] iniciales completas en todo sentido, si bien no es necesario que incluyan los elementos que se habrán de presentar en la subasta. [No obstante, la identidad adjudicadora podrá solicitar que las [licitaciones/ofertas] comprendan estos elementos.]

3) a) La entidad adjudicadora llevará a cabo una evaluación inicial de las [licitaciones/ofertas] con objeto de determinar su conformidad con arreglo a lo dispuesto en el artículo 34 y evaluar todos los elementos de las [licitaciones/ofertas] que no se hayan de presentar en la subasta con arreglo a los criterios de adjudicación establecidos;

---

[18] Para facilitar al Grupo de Trabajo la lectura de los proyectos de disposición y de los comentarios conexos durante sus deliberaciones, las disposiciones que rigen los procedimientos para la celebración de la subasta electrónica inversa se han separado en los proyectos de artículo 47 *bis* y *ter*; sin embargo, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la posibilidad de que en la versión final de la Ley Modelo revisada todas esas disposiciones se combinen en un solo artículo, para facilitar su utilización por parte de los Estados promulgantes.

b) Tras la evaluación a que se hace referencia en el apartado a) del párrafo 3, la entidad adjudicadora convocará a participar en la subasta a todos los proveedores o contratistas, salvo aquellos cuyas [licitaciones/ofertas] se hayan rechazado en virtud de lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 3;

c) En la convocatoria se consignarán la forma y el plazo en que los proveedores y contratistas deberán inscribirse para participar en la subasta;

d) La entidad adjudicadora se asegurará de que el número de proveedores o contratistas invitados a participar en la subasta sea suficiente para que esta resulte competitiva. Si el número de proveedores o contratistas [idóneos para participar en la subasta/admitidos a la subasta/que se hayan inscrito para participar en la subasta] [es de menos de [número]] [es, a juicio de la entidad adjudicadora, insuficiente para que la subasta resulte competitiva], la entidad adjudicadora [podrá/deberá] retirar la subasta electrónica inversa];

e) A menos que ya se haya facilitado a los proveedores o contratistas, la convocatoria a participar en la subasta electrónica inversa comprenderá toda la información necesaria para que el proveedor o contratista pueda participar en la subasta [según se describe en los incisos ii) a v) y vii) a xii) del apartado e) del párrafo 4, después del párrafo 20 del documento A/CN.9/WG.I/WP.40, que se incluirán en el pliego de condiciones].”

Comentario

a) Establecimiento de la subasta electrónica inversa como método autónomo o como etapa optativa

40. En el párrafo 1 se afirma que lo dispuesto en el capítulo III (“Proceso de licitación”) se aplicará a menos que se disponga otra cosa en el artículo, lo cual es compatible con el hecho de que la subasta electrónica inversa se establezca como método autónomo o como una etapa optativa del proceso de licitación.

41. A menos que las subastas electrónicas inversas se autoricen como una etapa optativa solo en el proceso de licitación, habrá que incluir un párrafo introductorio, en sustitución del párrafo 1, que remita a los otros métodos de contratación pública, o procedimientos para la publicidad inicial de la contratación y la convocatoria a participar.

b) Retirada de la subasta cuando no sea suficientemente competitiva

42. En el apartado d) del párrafo 3 del texto propuesto se aborda el requisito de que la subasta sea competitiva. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si debería permitirse o exigirse a la entidad adjudicadora que retire la subasta en caso de que no sea suficientemente competitiva, y estudiar la orientación que debería darse en caso de que la disposición sea facultativa.

c) Evaluación inicial de las ofertas

43. El párrafo 2 trata del contenido de las ofertas iniciales. Si las disposiciones se incluyen en el capítulo III de la Ley Modelo, esta cuestión podría omitirse, ya que estaría comprendida en el ámbito del apartado a) del artículo 27 (contenido del

pliego de condiciones, instrucciones para preparar las ofertas). Por otra parte, el Grupo de Trabajo tal vez desee que todas las disposiciones que se refieran específicamente a las subastas electrónicas inversas figuren en un mismo lugar.

44. El apartado a) del párrafo 3 trata de la evaluación de las ofertas iniciales. El Grupo de Trabajo tal vez recuerde que no todos los sistemas que regulan la subasta electrónica inversa prevén esa evaluación inicial[19], pero tal vez considere que es un elemento importante del proceso[20]. El Grupo de Trabajo quizá estime que la última oración del párrafo podría incluirse en la Guía para la incorporación eventual al derecho interno.

45. En el apartado b) del párrafo 3 se exige que se convoque a participar en la subasta a todos los concursantes que hayan presentado ofertas conformes. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si el artículo debería dejar abierta la posibilidad de restringir el número de proveedores en situaciones anormales[21], dando la orientación adecuada en la Guía para la incorporación al derecho interno[22]. Si el Grupo de Trabajo decide que las entidades adjudicantes deberían poder restringir el número de participantes en la subasta, sin dejar de mantener un nivel adecuado de competencia, habría que añadir el siguiente texto al final del apartado b) del párrafo 3:

> "[La entidad adjudicadora] podrá convocar a participar en la subasta a [los concursantes que hayan recibido la mayor puntuación con arreglo al párrafo anterior/un número limitado de concursantes], con sujeción a lo dispuesto en el apartado d) *infra*."

d) Subastas de los modelos 1 y 2

46. Si no se incluyen más que las subastas del modelo 1, se presentarán a subasta tan solo el precio o equivalentes del precio, y la calificación de los concursantes no será necesaria (los concursantes serán aceptados o rechazados según cumplan o no los requisitos de calificación y conformidad, después de lo cual el precio determinará la oferta ganadora).

47. Si el Grupo de Trabajo considera que también deberían preverse las subastas del modelo 2, tal vez desee disponer que antes de la subasta se efectúe una ponderación y calificación de los ofertantes, incluyendo el siguiente texto subrayado:

> "3) a) La entidad adjudicadora llevará a cabo una evaluación inicial de las [licitaciones/ofertas] con objeto de determinar su conformidad con arreglo a lo dispuesto en el artículo 34 y evaluar todos los elementos de las [licitaciones/ofertas] [que no se hayan de presentar en la subasta] con arreglo a los criterios de adjudicación establecidos y a los coeficientes de ponderación que se les haya asignado. La entidad adjudicadora calificará las [licitaciones/ofertas]

---

[19] Un ejemplo es el sistema brasileño.

[20] Puede haber situaciones, sin embargo, en que la oferta inicial no sea necesaria (por ejemplo, en la negociación competitiva en que la oferta mejor y final se selecciona mediante una subasta electrónica inversa).

[21] Véase el comentario que figura en el párrafo 24 del documento A/CN.9/WG.I/WP.40.

[22] Cuando no se trate del resultado de la evaluación inicial descrita en los párrafos 82 y 83 de A/CN.9/590.

sobre la base de los elementos constitutivos de estas [que deban evaluarse en la selección del proveedor ganador/que no se hayan de presentar en la subasta] de conformidad con los criterios de adjudicación.

y

3 e) i) Si en la evaluación inicial se han utilizado elementos de las [licitaciones/ofertas] distintos del precio, los resultados de la evaluación inicial de la oferta del proveedor o contratista; y

ii) Si el contrato se ha de adjudicar al concursante que presente la oferta evaluada como la más baja, la fórmula que se utilizará para cuantificar todo elemento distinto del precio o de un equivalente del precio que se haya de presentar. La fórmula comprenderá el coeficiente de ponderación de todos los criterios establecidos para determinar la oferta evaluada como la más baja."

48. Como ya se señaló, las subastas electrónicas inversas del modelo 2 comprenden procedimientos más complejos que permiten someter a subasta criterios distintos del precio, de modo que se aplica el equivalente del enfoque de la oferta evaluada como la más baja, que se describe en el artículo 34, inciso 4) b) ii) de la actual Ley Modelo, y los ofertantes se clasifican antes de la subasta o durante ella. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si deberían mantenerse una de las variantes que figuran entre corchetes en el apartado a) del párrafo 3, o las dos, relativas a los elementos de las ofertas "que se deban evaluarse en la selección del proveedor ganador" y "que no se hayan de presentar en la subasta", a fin de que la calificación pueda comprender ya sea todos los elementos de la licitación, o meramente aquellos que se hayan de subastar (quedando los demás como criterios de aceptación o rechazo).

e) Información que se ha de proporcionar a los posibles proveedores o contratistas

49. En los incisos ii) a v) y vii) a xii) del apartado e) del párrafo 4, que figuran en el texto siguiente al párrafo 20 del documento A/CN.9/WG.I/WP.40, aparece una lista detallada de la información que se ha de proporcionar a los posibles proveedores o contratistas en lo que respecta a la celebración de una subasta electrónica inversa. El objetivo del suministro de esa información es que los posibles proveedores o contratistas dispongan de toda la información necesaria para que puedan decidir si participar en la subasta y, en caso afirmativo, para que puedan participar. El Grupo de Trabajo ha indicado, en el contexto del pliego de condiciones, que sería más adecuado proporcionar esa información detallada en el texto de la Guía para la incorporación eventual al derecho interno o en los reglamentos sobre contratación pública en que se establezca el contenido de los pliegos de condiciones, en lugar de hacerlo en el texto de la Ley Modelo misma[23]. El contenido de los propios pliegos de condiciones se examina en los párrafos 60 a 64 *infra*.

[23] A/CN.9/590, párrafo 97.

2. Texto de la Guía para la incorporación al derecho interno relativo al artículo [47 *bis*]

50. El Grupo de Trabajo ha señalado que examinará el texto de la Guía para la incorporación eventual al derecho interno que se le presentó en su octavo período de sesiones (véase el texto que sigue al párrafo 25 en el documento A/CN.9/WG.I/WP.40) y todo proyecto de reglamento una vez que haya estudiado el proyecto de texto de Ley Modelo en su forma revisada[24].

51. Si la subasta del modelo 2 se ha de incluir en la Ley Modelo, el Grupo de Trabajo tal vez considere que debería impartirse orientación detallada en cuanto a su uso y al empleo de criterios distintos del precio en una fórmula en el párrafo 4 del actual proyecto de texto de la Guía para la incorporación al derecho interno[25].

52. Otra cuestión que el Grupo de Trabajo debe examinar es la de la precalificación y la calificación.

53. Si no se introduce ningún cambio en el actual artículo 7 de la Ley Modelo (aparte de añadir en el texto de ese artículo una remisión al capítulo en que se traten las subastas electrónicas inversas), la entidad adjudicadora, al celebrar una subasta electrónica inversa, no estará obligada a efectuar un proceso de precalificación (aunque podrá hacerlo). El Grupo de Trabajo aún debe decidir cómo tratar la cuestión de si el proceso de precalificación debe ser obligatorio u optativo, si la cuestión debe abordarse durante la fase de la evaluación inicial o si sería conveniente una calificación posterior a la subasta[26]. En resumen, uno de los objetivos de la precalificación es la certidumbre en cuanto al ganador al término de la subasta, y se recuerda que la precalificación también permite determinar el número de participantes que se convocará a la subasta electrónica inversa, a fin de garantizar que esta sea competitiva. Por otra parte, los costos y el tiempo que entraña el procedimiento de precalificación pueden evitarse si no se efectúa ninguna evaluación hasta después del cierre de la subasta.

D. Procedimientos en la fase de la subasta (artículo [47 *ter*]) (A/CN.9/590, párrafos 88 a 93, y A/CN.9/WG.I/WP.40, párrafos 26 a 35)

1. Nuevo texto propuesto para la Ley Modelo: artículo [47 *ter*]

54. Como ya se señaló respecto del artículo 47 *bis*, estos procedimientos se refieren a las medidas concretas que se han de adoptar en preparación para una subasta electrónica inversa, y se aplicarían tanto si la subasta se utiliza como método autónomo como si constituye una etapa de otros métodos de contratación pública. Sin embargo, el lugar donde deban figurar se examinará una vez que el Grupo de Trabajo haya decidido de qué manera se celebrarán esas subastas.

---

[24] A/CN.9/590, párrafo 86.
[25] Situado después del párrafo 17 en el documento A/CN.9/WG.I/WP.40.
[26] Este punto se examina en detalle en los párrafos 21 y 22 del documento A/CN.9/WG.I/WP.40.

55. El Grupo de Trabajo solicitó los siguientes cambios de redacción en el texto que tuvo ante sí en su octavo período de sesiones (los párrafos 1 a) a c), 4, 6 y 7 del texto que se presentó al Grupo de Trabajo en su octavo período de sesiones no se han modificado y no se repiten):

"**Artículo [47 *ter*]. Subasta electrónica inversa - Desarrollo de la subasta propiamente dicha**[27]

...

1 b) La entidad adjudicadora ~~[proporcionará]~~ comunicará instantáneamente a todos los concursantes en forma continua durante la subasta el precio más bajo presentado ~~[suficiente información [para que cada uno de ellos pueda establecer su propia puntuación en la subasta] [si tiene la mayor puntuación en la subasta] [como para determinar los cambios que se han de introducir en cualquier oferta a fin de que obtenga la mayor puntuación en la subasta]]~~;

2) Se procederá a declarar clausurada la subasta estrictamente de conformidad con el método, las fechas y los plazos establecidos en el pliego de condiciones o en la convocatoria, ~~de la siguiente manera:~~

~~a) Una vez que hayan transcurrido la fecha y el plazo establecido para la clausura; o~~

~~b) Cuando haya transcurrido cierto plazo determinado [sin que se haya presentado una nueva oferta válida que sea mejor que la que haya obtenido la mayor puntuación] [cuando la entidad adjudicadora ya no reciba nuevos precios o nuevos valores que reúnan los requisitos relativos a las diferencias mínimas]~~;[28]

3) ~~c)~~ La entidad adjudicadora [también podrá anunciar en cualquier momento el número de participantes en la subasta, si bien] no revelará la identidad de ninguno de los concursantes [durante la subasta] [hasta que se haya declarado clausurada la subasta. Los párrafos 2 y 3 del artículo 33 no serán aplicables a un procedimiento de subasta electrónica][29].

~~3)~~ 4) La entidad adjudicadora podrá suspender o dar por terminada la subasta electrónica inversa si fallara el sistema o las comunicaciones[30].

...

---

[27] Situado después del párrafo 27 en el documento A/CN.9/WG.I/WP.40.

[28] El Grupo de Trabajo observó que estas cuestiones debían tratarse en los reglamentos. Véase A/CN.9/590, párrafo 89. Si solo se prevé la subasta del modelo 1, el Grupo de Trabajo tal vez considere que el apartado b) del párrafo 2 podría enmendarse de la siguiente manera: "2) b) Cuando haya transcurrido cierto plazo determinado [sin que se haya presentado una nueva oferta válida con un precio menor ~~que sea mejor que la que haya obtenido la mayor puntuación~~] [cuando la entidad adjudicadora ya no reciba nuevos precios ~~o nuevos valores~~ que reúnan los requisitos relativos a las diferencias mínimas]".

[29] Párrafo con nueva numeración, A/CN.9/590, párrafo 90.

[30] A/CN.9/590, párrafo 91.

~~5)~~ 6) La oferta ganadora será la que tenga el precio más bajo ~~la que esté en primer lugar en el orden de puntuación establecido mediante el mecanismo de evaluación automática~~ en el momento de clausurarse la subasta."

Comentario

56. En su octavo período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en aplazar a un período de sesiones futuro las cuestiones relativas a las opciones disponibles en caso de que el concursante ganador no cerrara el trato de contratación pública o no diese algunas de las garantías requeridas[31]. En el párrafo 6 del proyecto que el Grupo de Trabajo tuvo a disposición en su octavo período de sesiones se establecen las opciones que la entidad adjudicadora tendría en esas circunstancias, a saber, seleccionar otra oferta de conformidad con el apartado 7 del artículo 34 o el párrafo 5 del artículo 36, reabrir la subasta electrónica inversa o recomenzar el proceso de contratación pública. Aunque las disposiciones podrían autorizar la adjudicación del contrato al concursante que haya presentado la segunda oferta más conveniente, en caso de que se pueda determinar quién es, o la negociación con otros concursantes, el Grupo de Trabajo ha señalado que podrían surgir problemas de falsas ofertas si se permite la adjudicación del contrato al segundo mejor concursante o a otros[32].

57. En el proyecto de texto que el Grupo de Trabajo examinó en su octavo período de sesiones (situado después del párrafo 27 del documento A/CN.9/WG.I/WP.40) se prevén las subastas del modelo 1. Si el Grupo de Trabajo decide incluir además las subastas del modelo 2, habría que efectuar las siguientes modificaciones en los párrafos 1 b) y 6:

"1 b) La entidad adjudicadora comunicará instantáneamente a todos los concursantes el precio más bajo presentado y suficiente información para que cada uno de ellos pueda establecer su propia puntuación en forma continua durante la subasta;

...

6) La oferta ganadora será la que tenga el precio más bajo o la que esté en primer lugar en el orden de puntuación establecido mediante el mecanismo de evaluación automática en el momento de clausurarse la subasta."

2. Texto de la Guía para la incorporación al derecho interno relativo al artículo 47 *ter*

58. El Grupo de Trabajo ha decidido asimismo que sería adecuado examinar el texto de la Guía (y de cualquier proyecto de reglamento) una vez establecido el proyecto de texto de la Ley Modelo. Asimismo, ha observado que el texto debería redactarse de modo que se evite en la medida de lo posible que se vuelva técnicamente obsoleto[33].

---

[31] A/CN.9/590, párrafo 92.
[32] *Ibid.*
[33] A/CN.9/590, párrafo 93.

E. Necesidad de llevar un expediente del proceso de contratación: adición propuesta al artículo 11 de la Ley Modelo (A/CN.9/590, párrafo 94, y A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, párrafo 3)

59. El Grupo de Trabajo ha solicitado que la aplicación de las normas de accesibilidad se refleje dejando constancia de la decisión de utilizar la subasta electrónica inversa en el expediente del proceso, pero sustituyendo el proyecto de texto que el Grupo de Trabajo examinó en su octavo período de sesiones por el texto siguiente[34]:

"**Artículo 11. Expediente del proceso de contratación**

1) La entidad adjudicadora llevará un expediente del proceso de contratación en que conste, por lo menos, la siguiente información:

...

b) *ter*[35] "En todo proceso de adjudicación en el que se utilice una subasta electrónica inversa conforme a lo previsto en el [artículo 19 *bis*], una declaración a tal efecto."

F. Contenido del pliego de condiciones (A/CN.9/590, párrafo 97, y A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, párrafo 7)

60. El Grupo de Trabajo ha pedido que el grado de detalle de las revisiones propuestas al artículo 27 que tuvo a disposición en su octavo período de sesiones se revise, de modo que las disposiciones que no necesiten ser reguladas por la Ley Modelo se supriman y se incluyan en un reglamento o en la Guía. Por consiguiente, se propone que los elementos tachados en el proyecto de texto revisado que figura a continuación se eliminen de la Ley Modelo y se incluyan en un reglamento o en la Guía, con una remisión adecuada al artículo [47 *bis* e)], que exige el suministro de la información necesaria a los posibles ofertantes.

"**Artículo 27. Contenido del pliego de condiciones**

El pliego de condiciones contendrá, por lo menos, la siguiente información:

...

---

[34] A/CN.9/590, párrafo 94.

[35] Propuesto inicialmente como apartado i) bis (véase A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, párrafo 3). Se propone que la disposición se desplace al párrafo 1, apartado b) ter, que seguiría al propuesto apartado b) bis del párrafo 1, en el que figura el requisito de dejar constancia de la decisión de la entidad adjudicadora en cuanto al medio de comunicación que se utilizará en el proceso de contratación (véase A/CN.9/WG.I/WP.42, párrafo 31).

n) *bis* Cuando el proceso de contratación[36] se estructure en forma de una subasta electrónica, con arreglo a los artículos [47 *bis* y *ter*], una declaración que así lo indique, y:

[i) La fecha y hora de la apertura de la subasta electrónica inversa;

ii) La dirección en Internet en donde tendrá lugar la subasta electrónica inversa, y en donde podrá accederse al reglamento de la subasta, a la oferta y a todo otro documento que sea del caso;

~~iii) Los requisitos de inscripción y para la identificación de todo ofertante, con ocasión de la apertura de la subasta;~~

iv) Todo elemento constitutivo de la oferta que sea objeto de la subasta;

v) ~~La información que se facilitará a los concursantes en el curso de la subasta y, si procede, la manera y el momento en que se facilitará esa información;~~

vi) ~~Toda información de interés que concierna al propio curso de la subasta, así como todo dato que sirva para la identificación del proceso de adjudicación y los requisitos técnicos del equipo o de la tecnología informática que vaya a utilizarse, así como si la subasta se ha de desarrollar en una o más etapas (en cuyo caso, deberá indicarse el número de etapas y la duración de cada una)~~;

vii) ~~Las condiciones en las que los concursantes podrán presentar su oferta y en particular toda diferencia mínima en el precio o en algún otro elemento constitutivo de la oferta que [se haya de introducir para poder presentar una nueva oferta] [suponga una mejora que justifique una nueva presentación de su oferta en el curso de una misma subasta] [y el tiempo que la entidad adjudicadora ha de dejar pasar, tras recibir la última oferta, antes de poder declarar clausurada la subasta]~~;

viii) ~~Toda información de interés concerniente al equipo electrónico utilizable y a los procedimientos y especificaciones técnicas utilizables para la conexión~~;

ix) Toda otra información requerida para que el proveedor o contratista pueda decidir si participará o no en la subasta;

n) *ter*. El reglamento de la contratación pública podrá prescribir la otra información que haya de facilitarse."

---

[36] De acuerdo con lo solicitado por el Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/590, párrafo 96), la frase "proceso de licitación" del proyecto de texto anterior se ha sustituido por "proceso de contratación". Este mismo cambio se efectuará en el artículo 25 revisado, y en las otras partes del texto relativas a las subastas electrónicas inversas en que sea necesario.

Comentario

61. El texto se ha formulado en referencia al pliego de condiciones, y se aplicaría a las subastas electrónicas inversas realizadas como parte del proceso de licitación. Sin embargo, si el Grupo de Trabajo considera que las subastas deben regularse en un capítulo aparte, ya sea como método autónomo o como etapa optativa de otros métodos de contratación, las disposiciones se especificarían, haciendo referencia al contenido del pliego de peticiones, como adiciones en ese capítulo.

62. El Grupo de Trabajo ha señalado que las disposiciones del inciso n) i) deberían figurar en el apartado q) del actual artículo 27[37]. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo tal vez desee suprimir el antiguo apartado y revisar el segundo de modo que rece como sigue:

> "El lugar, la fecha y la hora de apertura de las ofertas, de conformidad con el artículo 33, o, cuando se haya de celebrar una subasta electrónica inversa de acuerdo con lo dispuesto en [los artículos 47 *bis* y *ter*], el comienzo de la subasta."

63. El tratamiento de las variantes que se menciona en el apartado g) del texto actual del artículo 27 se aplicaría en el contexto de las subastas electrónicas inversas del modelo 2, pero el Grupo de Trabajo tal vez considere que no debería aplicarse en el caso de las subastas del modelo 1. De ser así, el Grupo de Trabajo tal vez desee que en la Guía para la incorporación eventual al derecho interno se dé orientación a este respecto[38].

64. Si el Grupo de Trabajo decide incluir las subastas del modelo 2 además de las del modelo 1, tal vez desee incorporar en el artículo 27 el siguiente inciso adicional dentro del apartado n) *bis*:

> "Si la adjudicación se ha de basar en la oferta que se haya evaluado como la más baja, la fórmula que se habrá de utilizar para cuantificar los elementos distintos del precio que se deban presentar. La fórmula incorporará los factores de ponderación de todos los criterios establecidos para determinar la oferta evaluada como la más baja."

---

[37] A/CN.9/590, párrafo 97.

[38] *Ibid.*

G. Modificación y retirada de las ofertas (artículo 31 de la Ley Modelo, A/CN.9/590, párrafo 99, y AC.9/WG.I/WP.40/Add.1, párrafo 12)

65. El Grupo de Trabajo ha observado que si los proveedores pueden retirar sus ofertas antes de la subasta electrónica inversa propiamente dicha, debería considerarse el efecto que ello podría tener en el nivel de competencia que se requiere para que una subasta sea válida. El Grupo de Trabajo tal vez desee, por lo tanto, incluir el siguiente texto como nuevo párrafo 4 *bis* en el texto de la Guía relativo al artículo 31:

> "Aunque los proveedores y contratistas podrán retirar sus [ofertas/licitaciones] antes del plazo fijado para la presentación de las [ofertas/licitaciones] iniciales en el caso de una subasta electrónica inversa celebrada de conformidad con lo dispuesto en los [artículos 47 *bis* y *ter*], el efecto de esas retiradas podrá ser que no se alcance el nivel suficiente de competencia exigido en el párrafo 4 d) del [artículo 47 *bis*]. En esas circunstancias, la entidad adjudicadora deberá examinar si la subasta será competitiva y, si no lo es, [deberá/podrá] retirar la subasta."

66. También en este caso, el lugar de inserción y la formulación de esta disposición deberían reflejar los tipos de método de contratación que puedan llevarse a cabo mediante el recurso a una subasta electrónica inversa.

A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1

Posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios - textos normativos propuestos para el empleo de la subasta electrónica inversa en la contratación pública y el tratamiento de las ofertas anormalmente bajas

ADICIÓN

ÍNDICE

[Los capítulos I y II A a G se publican en el documento A/CN.9/WG.I/WP.43]

Párrafos

II. Proyectos de disposición encaminados a permitir y regular el empleo de la subasta electrónica inversa en el marco de la Ley Modelo 1-6

...

H. Empleo de la garantía de la oferta en la presentación de ofertas por vía electrónica y en las subastas electrónicas inversas (artículo 32 de la Ley Modelo, A/CN.9/590, párrafos 49 y 100, y A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, párrafo 13). 1-4

I. Examen, evaluación y comparación de las ofertas (artículo 34 de la Ley Modelo, A/CN.9/590, párrafo 101, y A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, párrafos 14 a 17) 5-6

III. Ofertas anormalmente bajas (véase A/CN.9/590, párrafos 106 a 111, y A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, párrafos 21 a 29) 7-13

A. Adiciones propuestas al artículo 34 de la Ley Modelo 9-12

Comentario

B. Adiciones propuestas al texto de la Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno relativo al artículo 34 de la Ley Modelo 13

II. Proyectos de disposición encaminados a permitir y regular el empleo de la subasta electrónica inversa en el marco de la Ley Modelo

...

H. Empleo de la garantía de la oferta en la presentación de ofertas por vía electrónica y en las subastas electrónicas inversas (artículo 32 de la Ley Modelo, A/CN.9/590, párrafos 49 y 100, y A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, párrafo 13)

1. En el octavo período de sesiones, se observó que tal vez hubiera que reglamentar de forma concreta la cuestión de las garantías de la oferta, a la luz de la

experiencia de ciertas delegaciones y observadores de que las garantías de la oferta seguían siendo documentos sobre papel y de que su presentación simultánea con ofertas electrónicas podía no ser posible. Se indicó que se habían rechazado ofertas por no haberse facilitado las correspondientes garantías cuando eran requeridas en esas circunstancias (en la práctica la falta de garantías de la oferta puede causar el rechazo automático de una oferta en las primeras etapas del proceso de contratación). Se pidió a la Secretaría que proporcionara al Grupo de Trabajo más información y propuestas sobre esta cuestión en su siguiente período de sesiones, por ejemplo, sobre si existía alguna práctica conforme a la cual se concediera un breve plazo para la presentación de garantías una vez presentada la oferta[1].

2. Los resultados del estudio de la Secretaría muestran que las verificaciones de las garantías de la oferta otorgadas en efectivo (transferencias bancarias) no deberían plantear problemas, ya que una entidad adjudicadora podría comprobar la recepción de los fondos transferidos a una cuenta designada simultáneamente con la recepción de las ofertas electrónicas. Respecto de otros tipos de garantías de la oferta, especialistas en el sector bancario informaron a la Secretaría de que es una práctica bastante habitual transmitir por vía electrónica especies bancarias (como cartas de crédito o garantías bancarias), por ejemplo entre bancos por el SWIFT, pero que las entidades adjudicadoras públicas todavía insisten en recibir las garantías de la oferta en papel[2]. Sin embargo, la situación podría modificarse conforme los adelantos tecnológicos y la evolución de las prácticas de contratación pública despierten más confianza en las formas no tangibles de garantía de la oferta.

3. En el caso de algunas técnicas de compra electrónica, como la subasta electrónica inversa en que el precio es el único criterio de adjudicación y el sistema dinámico de adquisición, no es corriente que se pida una garantía de la oferta, ya que esas técnicas se utilizan principalmente para adquirir productos “en existencia”. En cuanto a la adquisición de productos más complejos, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la cuestión en un contexto más amplio, habida cuenta de que quizá sea necesario que no solo las garantías de la oferta, sino también otras partes de los documentos de licitación se presenten por un medio distinto de la vía electrónica. Por ejemplo, la transmisión electrónica de planos complejos o su consulta electrónica posterior pueden causar dificultades si no se dispone de programas informáticos adecuados.

4. La cuestión podría abordarse en el contexto de las disposiciones relativas a la forma de las comunicaciones (artículo 9 del texto actual) y al contenido del pliego de condiciones (artículo 27 del texto actual). En particular, en el pliego de condiciones podrían preverse excepciones respecto de la presentación de las partes de los documentos de licitación que no puedan presentarse en la forma general estipulada. De hecho, en el inciso l) del artículo 27 y en el artículo 32 de la Ley Modelo ya se prevé un tratamiento especial de las garantías de la oferta en el pliego de condiciones.-Junto con las “normas de accesibilidad”, esas disposiciones podrían ofrecer suficiente flexibilidad a la entidad adjudicadora y suficientes salvaguardias a los proveedores o contratistas en situaciones en que sea imposible

---

[1] A/CN.9/590, párrafo 49.

[2] Esta información procede de un Estado con legislación avanzada en materia de comercio, operaciones bancarias y contratación pública por vía electrónica.

transmitir la garantía de la oferta por vía electrónica simultáneamente con la presentación electrónica del resto de la oferta.

I. Examen, evaluación y comparación de las ofertas (artículo 34 de la Ley Modelo, A/CN.9/590, párrafo 101, y A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, párrafos 14 a 17)

5. El Grupo de Trabajo pidió que se enmendara el texto que figuraba después del párrafo 15 en el documento A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, de modo que se impidiera la modificación de una oferta que no reuniera los requisitos con miras a hacerla aceptable:

> "No se solicitará, ofrecerá ni autorizará modificación alguna en cuanto al fondo de la oferta presentada, como pudiera ser una modificación del precio o una modificación que tienda a hacer conforme una oferta que no lo sea, salvo respecto de los elementos constitutivos de [las ofertas/la licitación] que hayan de presentarse en una subasta electrónica inversa con arreglo a [los artículos 47 *bis* y 47 *ter*]."

6. También en este caso, la ubicación y el enunciado de esa disposición deberían reflejar los tipos de método de contratación en que se permite el empleo de la subasta electrónica inversa.

III. Ofertas anormalmente bajas (véase A/CN.9/590, párrafos 106 a 111, y A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, párrafos 21 a 29)

7. En su octavo período de sesiones, el Grupo de Trabajo decidió que habría que incluir en la Ley Modelo algunas disposiciones mínimas sobre las ofertas anormalmente bajas, que se complementarían en la Guía con un análisis detallado. Lo más importante es examinar las salvaguardias necesarias para prevenir las decisiones arbitrarias y las prácticas abusivas cuando haya precios de ofertas que parezcan ser anormalmente bajos (es decir, evitar el rechazo sin justificación de las ofertas anormalmente baja)[3].

8. El Grupo de Trabajo pidió asimismo que se tuvieran en cuenta los criterios siguientes: i) habría que permitir a las entidades adjudicadoras rechazar las ofertas anormalmente bajas, pero no obligarlas a hacerlo; ii) no debería darse la posibilidad de evaluar los precios de las ofertas sobre la base del costo en lugar del precio, porque la evaluación de los costos es engorrosa y complicada; iii) cuando se sospeche que una oferta es anormalmente baja, únicamente la entidad adjudicadora debería poder actuar y no un tercero, y la evaluación de la oferta debería llevarse a cabo de forma completamente objetiva; y iv) es importante poder reaccionar ante las posibles ofertas anormalmente bajas antes de que se celebre el contrato pertinente, puesto que las medidas adoptadas posteriormente podrían propiciar precios aún superiores y perturbar el proceso de contratación.

---

[3] A/CN.9/590, párrafos 107 y 109.

A. Adiciones propuestas al artículo 34 de la Ley Modelo

"Artículo 34. Examen, evaluación y comparación de las ofertas

…

4) a) *bis* Cuando el precio de la oferta sea anormalmente bajo en proporción con los bienes, las obras o los servicios que han de adquirirse, y:

i) La entidad adjudicadora haya solicitado por escrito, de conformidad con el artículo 34 1) a), que se le den detalles de todo elemento constitutivo de la oferta o las ofertas que lleven a pensar [que el (los) precio(s) correspondientes son anormalmente bajos en relación con los bienes, las obras o los servicios que han de adquirirse/que suscite inquietud acerca de la aptitud del (de los) ofertante(s) para cumplir el contrato];

ii) La entidad adjudicadora haya tenido en cuenta la información facilitada, pero siga [considerando que el (los) precio(s) de la oferta o las ofertas son anormalmente bajos/siga abrigando esa inquietud]; y

iii) La entidad adjudicadora haya consignado en el expediente del proceso de adjudicación, que se ha de llevar con arreglo al artículo 11, [su evaluación de que el precio de la oferta es anormalmente bajo/la inquietud que abriga acerca de la aptitud del (de los) ofertante(s) para cumplir el contrato] y los motivos que den lugar a ello, así como toda comunicación intercambiada entre la entidad adjudicadora y el (los) ofertante(s) al respecto;

la entidad adjudicadora podrá, antes de la determinación de la oferta ganadora conforme al artículo 34 4) b), rechazar ofertas cuyo precio sea anormalmente bajo."

Comentario

9. El proyecto de adición que precede fue revisado tomando en consideración las indicaciones del Grupo de Trabajo de que la cuestión de la calificación no debería confundirse con la evaluación de las ofertas[4] y de que el texto debería disponer que, antes de rechazar una oferta por considerar su precio anormalmente bajo, la entidad adjudicadora debería aplicar un procedimiento de investigación del precio.

10. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar también si las ofertas de que se trate han de ser rechazada por no conformarse a los requisitos (en cuyo caso las disposiciones deberían trasladarse al párrafo 3) del artículo 34, y sería imperativo rechazar una oferta anormalmente baja), si han de aceptarse por reunir los requisitos para posteriormente rechazarlas por ser anormalmente bajas (en cuyo caso las disposiciones deberían trasladarse al párrafo 4) del artículo 34, como se estipula más arriba), o si se justifica incorporar un cierto grado de flexibilidad (por ejemplo, incluyendo un nuevo párrafo, como artículo 34 3) *bis*).

---

[4] Al respecto, se ha suprimido la adición al artículo 34 4) b) examinada por el Grupo de Trabajo en su octavo período de sesiones (A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, párrafo 23). Véase A/CN.9/590, párrafo 110.

11. El Grupo de Trabajo ha pedido también que se suprima el segundo elemento ("por lo que suscite inquietud respecto de la aptitud del ofertante para cumplir el contrato"[5]) de la frase de la parte introductoria del proyecto de texto que tuvo a la vista en su octavo período de sesiones que introducía el procedimiento de justificación del precio en los siguientes términos:

> "Cuando el precio de la oferta sea anormalmente bajo en relación a los bienes, las obras o los servicios que sean objeto del contrato adjudicado, por lo que suscite inquietud respecto de la aptitud del ofertante para cumplir el contrato,"

12. Como esa frase se repite en el resto del proyecto de texto revisado, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si corresponde suprimirla del todo[6]. Al analizar esta cuestión, tal vez convenga que recuerde sus observaciones de que "la clave de la cuestión [es el] riesgo de incumplimiento,"[7] y de que "un precio bajo no sería necesariamente, de por sí, un indicio de que pudiera haber un riesgo de incumplimiento"[8] y determine, por lo tanto, si debería expresarse claramente que el riesgo de incumplimiento es la cuestión central.

B. Adiciones propuestas al texto de la Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno relativo al artículo 34 de la Ley Modelo

13. En cuanto al texto propuesto respecto de la Guía para la incorporación eventual de la Ley Modelo al derecho interno, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar las siguientes adiciones hechas al proyecto de texto que el Grupo de Trabajo tuvo a la vista en su octavo período de sesiones a fin de recoger las consideraciones que se expresaron en ese momento[9]:

> "1) *bis*. Podrá pedirse una aclaración conforme al párrafo [1) a)], entre otras cosas, en todo supuesto en el que la entidad adjudicadora sospeche que se ha ofrecido un precio anormalmente bajo, tal vez debido a algún malentendido respecto del pliego de condiciones o a algún otro error. Se presumirá que el precio de una oferta es anormalmente bajo si parece irreal, es decir, si el precio parece ser inferior al costo presumible, o si se estima que no será viable cumplir el contrato al precio ofrecido con el margen de ganancia que sea

---

[5] A/CN.9/590, párrafo 110.

[6] En su séptimo período de sesiones, el Grupo de Trabajo pidió que en las disposiciones se adoptara el enfoque de: "[facultar] a la entidad adjudicadora para rechazar una oferta si su precio era anormalmente bajo y suscitaba cierta inquietud justificada de que el ofertante tal vez no estuviera en condiciones de cumplir el contrato. Se observó que, en esos casos, todo rechazo estaría supeditado a dos condiciones: en primer lugar, la de que se hubiera dado al ofertante la oportunidad de explicar su precio por algún procedimiento justificativo del mismo, y, en segundo lugar, que se motivara el rechazo de la oferta y se consignaran los motivos aducidos en el expediente del proceso de adjudicación, a fin de que todo recurso que se presentara contra dicho rechazo pudiera ser examinado a la luz de los motivos alegados para efectuarlo." Véase A/CN.9/575, párrafo 79.

[7] A/CN.9/575, párrafo 68.

[8] A/CN.9/575, párrafo 69.

[9] A/CN.9/590, párrafos 106 a 108, observaciones sobre el proyecto de texto que figura en el párrafo 28 del documento A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1.

normal. Desde la perspectiva de la entidad adjudicadora todo precio anormalmente bajo supone un riesgo de que el contrato no se cumpla, o de que no se cumpla en el marco del precio ofrecido, por lo que cabe prever que el proyecto entrañe gastos o demoras adicionales. La entidad adjudicadora debe por ello tomar medidas para evitar que se corra ese riesgo de incumplimiento. Es importante observar que el precio de una oferta puede ser bajo, pero no anormalmente bajo, en particular en el ámbito de la contratación pública internacional, pues lo que pudiera parecer un precio anormalmente bajo en un país podría ser totalmente normal en otro, y la venta de existencias viejas por debajo de su costo o a precio de costo con el fin de mantener la mano de obra ocupada es legítima. Además, la presentación de una oferta anormalmente baja puede estar vinculada a actos delictivos (por ejemplo, el blanqueo de dinero) o a prácticas ilegales (como el incumplimiento de las normas sobre los salarios mínimos y las obligaciones de seguridad social).

…

1) *quater*. La entidad adjudicadora deberá tener en cuenta la respuesta obtenida al evaluar las ofertas. Los Estados promulgantes [tal vez deseen/desearán] velar por que haya transparencia y claridad, por que se instituyan procedimientos y salvaguardias adecuados para impedir las decisiones arbitrarias y las prácticas abusivas y por que la evaluación de las ofertas anormalmente bajas por parte de la entidad adjudicadora sea totalmente objetiva. Es importante puntualizar que lo que ha de evaluarse es la viabilidad del precio (utilizando factores comparativos como las estimaciones previas a la licitación, los precios de mercado y los contratos anteriores cuando se disponga de ellos), no los costos implícitos que habrán utilizado los proveedores y contratistas para determinar el precio. El motivo para evaluar el precio, no el costo, radica en que la evaluación de los costos, además de ser engorrosa y complicada, no siempre es posible."

[el resto del proyecto de texto que figura en el párrafo 28 del documento A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1 no se ha modificado]

H. Nota de la Secretaría sobre posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: empleo de acuerdos marco en la contratación pública, presentada al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su noveno período de sesiones

(A/CN.9/WG.I/WP.44 y Add.1) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1-2
II.	Antecedentes	3-18
	A. Descripción	3-6
	B. Terminología	7-9
	C. Relación con otros instrumentos de contratación pública	10
	D. Principales beneficios y problemas asociados con el empleo de acuerdos marco	11-18
III.	Alcance de la reglamentación y el uso	19-39
	A. Acuerdos marco	19-20
	B. África	21-24
	C. Asia	25-26
	D. Europa	27-30
	E. América Latina	31-32
	F. América del Norte	33-35
	G. Sistemas con características comparables a los acuerdos marco	36-39
IV.	Condiciones generales para el empleo de acuerdos marco	40-59
	A. Alcance de los acuerdos marco	40-42
	B. Restricciones al tipo de artículos que se pueden contratar	43-45
	C. Duración de los acuerdos marco	46-48
	D. Umbrales financieros y otras reglas que determinan la aplicación de las normas y reglamentos sobre contratación pública	49-51
	E. Requisitos de anuncio público y publicación	52-56
	F. Vías de recurso	57-59

I. Introducción

1. Los antecedentes de la labor que realiza actualmente el Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) en relación con la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (la "Ley Modelo") (A/49/17 y Corr.1, anexo I) figuran en los párrafos 5 a 43 del documento A/CN.9/WG.I/WP.41, que el Grupo de Trabajo tendrá a disposición en su noveno período de sesiones. La principal tarea del Grupo de Trabajo es actualizar y revisar la Ley Modelo, a fin de tener en cuenta las novedades recientes en la contratación pública.

2. En su sexto período de sesiones (Viena, 30 de agosto a 3 de septiembre de 2004), el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara una nota sobre la utilización de los acuerdos marco, con inclusión de textos ilustrativos, cuando procediera (A/CN.9/568, párrafo 78). En su séptimo período de sesiones (Nueva York, 4 a 8 de abril de 2005), el Grupo de Trabajo decidió que, si disponía de tiempo suficiente, en su próximo período de sesiones examinaría el tema de los acuerdos marco (A/CN.9/575, párrafo 9); sin embargo, por falta de tiempo, posteriormente aplazó el examen de este tema a su noveno período de sesiones (A/CN.9/590, párrafo 10). La presente nota, preparada en respuesta a la petición formulada por el Grupo de Trabajo en su sexto período de sesiones, se basa en la información proporcionada a la Secretaría y se presenta a la consideración del Grupo de Trabajo en su noveno período de sesiones.

II. Antecedentes

A. Descripción

3. Los acuerdos marco pueden describirse como transacciones que aseguran el suministro de un producto o un servicio durante cierto período y que entrañan lo siguiente:

a) Una convocatoria, dirigida a los posibles proveedores, a participar en una contratación pública (por el método de contratación que sea adecuado para los bienes, las obras o los servicios de que se trate, por ejemplo mediante la publicación de una convocatoria a licitación);

b) La selección de uno o más proveedores sobre la base de sus respuestas a la convocatoria de conformidad con el método de contratación elegido (la "primera etapa" del proceso de adjudicación), después de lo cual el proveedor o los proveedores conciertan un acuerdo marco con la entidad adjudicadora; y

c) La posterior adjudicación de contratos periódicos al proveedor o los proveedores elegidos a medida que surgen necesidades particulares (la "segunda etapa" del proceso de adjudicación).

4. Los acuerdos marco se utilizan principalmente para bienes, servicios u obras respecto de los cuales la entidad adjudicadora tiene una necesidad que se repite, por ejemplo, de artículos de escritorio, piezas de repuesto, suministros de tecnología de la información y servicios de mantenimiento, pero con plazos de entrega y cantidades que no se conocen en el momento de la convocatoria inicial. También se

utilizan para la adquisición de artículos de más de un proveedor, por ejemplo de electricidad y medicamentos, y en la compra centralizada para varias entidades adjudicadoras.

5. Los acuerdos marco se están utilizando cada vez más como instrumento de contratación pública, especialmente con el aumento de la contratación electrónica. Por ejemplo, se estima que en 2003 los acuerdos marco representaban ya casi el 30% de la contratación pública federal en los Estados Unidos[1].

6. Los acuerdos marco pueden celebrarse con un solo proveedor (acuerdos con un único proveedor), o con más de uno (acuerdos con proveedores múltiples), y pueden o no consistir en un contrato vinculante. Ambos tipos de acuerdo pueden reforzar la seguridad del suministro, ya sea porque un proveedor queda obligado a cumplir los pedidos que se le hagan o, también, en el caso de los acuerdos con proveedores múltiples, porque la entidad adjudicadora, aun cuando haya concertado acuerdos no vinculantes, tiene probabilidades de encontrar a un proveedor o a varios que puedan atender su pedido. Algunos tipos de acuerdo con proveedores múltiples confieren a la entidad adjudicadora flexibilidad en la selección del proveedor para un contrato concreto, al permitir adaptar la especificación del acuerdo marco a las necesidades precisas de la entidad adjudicadora en el caso de un contrato particular[2].

B. Terminología

7. El término "acuerdo marco" se utiliza para el tipo de arreglo arriba descrito en algunos ordenamientos (entre ellos el del Reino Unido y de los países de África y Asia que siguen el ordenamiento jurídico británico), y en las directivas sobre contratación pública de 2004 de la Unión Europea[3].

---

[1] Como porcentaje de los dólares comprometidos por el Gobierno Federal de los Estados Unidos para la contratación pública, 1997 a 2002. Véase el informe *Civilian Agency Compliance with Task and Delivery Order Contracts*, de la Oficina de Contaduría General de los Estados Unidos, GAO Rep. núm. 03-983, en 6 (agosto de 2003).

[2] El proveedor que ofrezca la mejor relación precio-calidad podrá variar, por lo tanto, según la naturaleza del contrato, teniendo en cuenta las reducciones de precio que se apliquen, la disponibilidad de personal del proveedor para llevar a cabo un trabajo particular, la evolución de los productos del proveedor entre la concertación del acuerdo marco y la adjudicación del contrato u otros factores.

[3] Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 31 de marzo de 2004: Directiva 2004/17/CE sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, y Directiva 2004/18/CE sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, respectivamente (*Diario Oficial de la Unión Europea,* núm. L 134, 30 de abril de 2004, páginas 1 y 114 y siguientes, disponible también en http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/legislation_en.htm). La Directiva 2004/17/CE autoriza los acuerdos marco en su artículo 14. La Directiva 2004/18/CE contiene disposiciones más detalladas sobre los acuerdos marco en su artículo 32, y en la presente nota se tendrán en cuenta esas disposiciones al examinar el uso de acuerdos marco en la Unión Europea y sus Estados miembros.

8. Otros términos que se emplean para referirse a uno o más de estos tipos de arreglo son "acuerdo de suministro", "contrato con fecha de entrega indefinida o de suministro cuantitativo indefinido" y, más en general, acuerdos generales[4].

9. Puesto que el empleo de cualquiera de estos términos fuera del ordenamiento correspondiente, en el contexto de la CNUDMI, puede dar lugar a cierta confusión en cuanto a la naturaleza del arreglo de que se trata, una cuestión que el Grupo de Trabajo debe examinar desde el comienzo es cómo denominar esos acuerdos. Si el Grupo de Trabajo considera que la Ley Modelo debería adoptar un sistema próximo al de algún otro régimen, tal vez desee emplear el término de ese régimen. Otra posibilidad es utilizar expresiones que no se identifiquen estrechamente con ningún ordenamiento particular, como "arreglo de compra periódica", "arreglo de compra repetida", "arreglo para cubrir necesidades periódicas" o "instrumento de suministro periódico". En la presente nota, y en consonancia con los documentos anteriores presentados al Grupo de Trabajo sobre este tema, sin embargo, se utilizará la expresión "acuerdos marco".

C. Relación con otros instrumentos de contratación pública

10. Los acuerdos marco se relacionan con las listas de proveedores establecidas en previsión de una contratación pública. En ambos se identifica a los proveedores para la futura adjudicación de contratos, pero, aunque desde el punto de vista comercial estos dos instrumentos se han descrito como distintos tonos de un mismo espectro[5], hay diferencias importantes entre ellos[6]. Se distinguen porque, en el caso de un acuerdo marco, pero no en el de una lista de proveedores:

a) Existe una convocatoria inicial a licitación u otra convocatoria a participar en una contratación pública[7];

b) La convocatoria contiene:

i) Una especificación de los bienes, las obras o los servicios que se han de contratar y de los demás requisitos para la contratación; y

---

[4] En francés, por ejemplo, se les denomina *accords-cadres, marchés de clientèle, marchés à commande* y *marchés fractionnés,* y en inglés, *indefinite-delivery/indefinite quantity contracts* o *task-order contracts*.

[5] Arrowsmith S., "Framework purchasing and qualifications lists under the European Procurement Directives: Part I", (1999) 8 P.P.L.R, 115.

[6] Es verdad, sin embargo, que algunos tipos de acuerdo marco y algunos tipos de lista de proveedores pueden ser difíciles de clasificar. En los documentos A/CN.9/WG.I/WP.45 y Add.1 se examina el empleo de las listas de proveedores.

[7] En los Estados Unidos, "para convertirse en contratista de una lista de la Administración de Servicios Generales ("GSA") [para concertar el equivalente de un acuerdo marco], un vendedor debe primero presentar una oferta en respuesta a la solicitud correspondiente para una lista de la GSA. La GSA adjudica contratos a las empresas responsables que ofrecen artículos comerciales que se ajustan a las descripciones genéricas consignadas en la solicitud de ofertas para la lista del GSA." Véase, además, www.gsa.gov/Portal/gsa/ep/channelView.do?pageTypeId=8199&channelPage=%2Fep%2Fchannel%2FgsaOverview.jsp&channelId=-13464.

ii) Los términos y condiciones que los distintos proveedores deberán respetar al suministrar los bienes, las obras o los servicios (por ejemplo, el precio y los gastos y plazos de entrega).

D. Principales beneficios y problemas asociados con el empleo de acuerdos marco

11. Los objetivos principales de los acuerdos marco son reducir los costos y tiempos de transacción y garantizar la seguridad del suministro. En los acuerdos marco se determinan los proveedores, se evalúan sus cualificaciones y se establecen las especificaciones, los términos y las condiciones de los contratos futuros antes de su adjudicación, lo cual permite evitar los gastos ordinarios y efectuar las compras con unos costos de transacción totales y unos tiempos de entrega menores que si cada compra se contratase por separado. Los tipos de acuerdo marco en que la competencia se produce íntegramente en la primera etapa del proceso de adjudicación son sencillos de administrar en la segunda etapa, por lo que las posibilidades de ahorro en los costos y tiempos de transacción son considerables. Los datos empíricos indican que la ventaja es máxima cuando los distintos contratos del acuerdo marco se adjudican por vía electrónica[8]. Además, según los comentarios de observadores, los acuerdos marco pueden también reducir los gastos de inventario (ya que los suministros se piden solo cuando se necesitan), y dan a la entidad adjudicadora una mayor flexibilidad para programar sus necesidades, en términos tanto de tiempo como de cantidad[9].

12. Los acuerdos marco pueden ser útiles para garantizar un suministro rápido y seguro de los artículos objeto del contrato (por ejemplo, el acuerdo puede exigir al proveedor que cumpla todos los pedidos que se le hagan y que mantenga una reserva permanente de un producto a disposición, incluso en los locales de la entidad adjudicadora)[10], y cuando sea beneficiosa una relación estrecha a largo plazo entre la entidad adjudicadora y el proveedor o los proveedores (por ejemplo, en programas de investigación y desarrollo conjuntos).

---

[8] Algunos observadores han comentado que, con las tecnologías electrónicas, la adjudicación de la segunda etapa puede efectuarse en horas, en lugar de las varias semanas o meses que se requieren en otros métodos de contratación pública.

[9] Algunos comentaristas consideran que los acuerdos marco son mejores que las listas de proveedores para la contratación urgente en casos como los de los servicios públicos (electricidad, agua, etc.) (que de lo contrario podría efectuarse utilizando el método de la solicitud de cotizaciones de la Ley Modelo, conocido también como “cotejo de precios”). Sin embargo, particularmente en el caso de los servicios públicos, otros comentaristas ponen de relieve los riesgos relacionados con la calidad que puede acarrear ese tipo de contratación externa.

[10] La seguridad puede reforzarse si el acuerdo proporciona al proveedor o los proveedores cierta expectativa de pedidos futuros, de modo que aumenten las probabilidades de que inviertan en las instalaciones y la maquinaria necesarias, particularmente cuando se trate de un producto fabricado por encargo. En el acuerdo puede estipularse una cantidad máxima, a fin de tener en cuenta la posibilidad de una demanda imprevista, ya sea para proteger a los proveedores de unos niveles de pedido no previstos o para permitir a las entidades adjudicadoras buscar un proveedor más ventajoso entre los operadores en mayor escala.

13. Se ha observado asimismo que uno de los beneficios del empleo de acuerdos marco en el proceso de contratación pública es que las sucesivas etapas competitivas del proceso pueden conducir a una mejor relación precio-calidad. Los acuerdos marco deberían permitir a la entidad adjudicadora aprovechar "las ventajas de un proceso competitivo continuo a lo largo de todo el contrato[11]," y solicitar reducciones de precio en función del volumen previsto de pedidos.

14. Los acuerdos marco ofrecen, pues, la posibilidad de impulsar los objetivos de la Ley Modelo que se establecen en su preámbulo, entre ellos el de alcanzar una máxima economía y eficiencia en la contratación pública.

15. Algunos observadores han comentado también que los acuerdos marco pueden mejorar el acceso los trabajos públicos por parte de los proveedores menores o de las entidades en pequeña y mediana escala, aunque otros han contradicho esta opinión al señalar que la contratación en mayor escala que suele producirse cuando se emplean acuerdos marco favorece a los proveedores más grandes[12].

16. Sin embargo, otros observadores han comentado que los acuerdos marco pueden suponer un peligro para la competencia real, ya que, al eximir a los contratos individuales de los requisitos de una competencia plena y abierta, pueden excluir a posibles proveedores de la contratación en cuestión, porque la competencia en la fase de los contratos puede no ser adecuada, porque puede existir un riesgo de colusión entre proveedores y porque en la práctica puede no existir una supervisión eficaz del funcionamiento de los acuerdos marco.

17. Además, un acuerdo marco puede tener una duración larga y una cobertura amplia, privando así a los mercados de la competencia periódica prevista en los reglamentos sobre contratación pública (por ejemplo, al garantizar de hecho el mercado a un proveedor nacional). En este sentido, el acuerdo marco puede comprometer los objetivos declarados de la Ley Modelo de asegurar un trato justo e igualitario y de promover la integridad y la confianza del público en el sistema de contratación, si su funcionamiento no está debidamente regulado y supervisado.

18. Las ventajas y los riesgos potenciales del empleo de acuerdos marco se examinan con más detalle en el capítulo V del documento A/CN.9/WG.I/WP.44/Add.1.

---

[11] Oficina de Gestión y Presupuesto de los Estados Unidos, Oficina de la Política Federal de Adquisiciones, "Best Practices for Multiple Task and Delivery Contracting", 7 (Washington D.C., julio de 1997) disponible en www.acqnet.gov/Library/OFPP?/BestPractices/BestPMAT.html.

[12] En teoría los acuerdos marco de este tipo pueden utilizarse para compras que sería conveniente realizar de una sola vez, pero que la entidad adjudicadora separa en lotes para permitir la participación de las PYME. Sin embargo, la información facilitada a la Secretaría no contiene ningún caso en que un acuerdo marco se haya utilizado con este fin en la práctica.

III. Alcance de la reglamentación y el uso

A. Acuerdos marco

19. Algunos observadores han comentado que los acuerdos marco pueden utilizarse en muchos de los regímenes de contratación pública existentes, a nivel tanto internacional como nacional. Algunos Estados con tradición de derecho civil que tienen legislación sobre contratación pública prevén expresamente los acuerdos marco, por lo general mediante disposiciones habilitantes[13], pero en algunos casos con una legislación más detallada[14].

20. Los acuerdos marco se utilizan también en ausencia de toda reglamentación específica. Aunque no hay ninguna disposición expresa al respecto en el Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio (OMC)[15] y en el Tratado de Libre Comercio (TLC) de América del Norte, los comentaristas consideran que el Acuerdo sobre Contratación Pública y el TLC admiten la posibilidad de procedimientos de adjudicación que comprendan más de una etapa, y que por lo tanto los acuerdos marco pueden aplicarse en los sistemas que se rigen por esos acuerdos. En los países que no tienen una tradición de reglamentación de la contratación pública *per se* (como los que aplican el ordenamiento jurídico británico), los acuerdos marco también se utilizan desde hace muchos años sin ninguna reglamentación específica. Sin embargo, la legislación reciente sobre la contratación pública adoptada en muchos ordenamientos demuestra una tendencia hacia la reglamentación de los acuerdos marco. En la Ley Modelo actual no se prevén estos acuerdos, y las disposiciones actuales que podrían impedir su empleo se señalan en el examen de su funcionamiento y uso, en el capítulo IV del presente documento y en A/CN.9/WG.I/WP.44/Add.1.

B. África

21. De los ordenamientos examinados, más de dos tercios prevén contratos con fecha de entrega indefinida o de suministro cuantitativo indefinido, o acuerdos marco. Las jurisdicciones que regulan estos arreglos comprenden tanto sistemas basados en el "common law" (por ejemplo, Malawi y Tanzanía) como sistemas de derecho civil (Burkina Faso, Etiopía, Malí, el Níger y el Senegal, entre otros)[16]. En los sistemas basados en el derecho civil, las disposiciones marco se limitan por

---

[13] Como Burkina Faso, Chile, China, Etiopía, México y el Níger.

[14] Véanse, por ejemplo, en el caso del Brasil, la Ley núm. 8666 de 21 de junio de 1993, artículo V, y el Decreto núm. 3931 de 19 de septiembre de 2001, y en el de Francia, el Código de Contratación Pública, artículo 71.

[15] La Organización Mundial del Comercio (OMC) está negociando actualmente un proyecto de revisión del Acuerdo sobre Contratación Pública (véase el anexo 4 b) del Acta Final que contiene los resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales, disponible en www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gpr-94_e.pdf), que podría enmendarse para incorporar una disposición específica sobre los acuerdos marco, aunque algunos Estados miembros consideran que esa disposición no sería adecuada.

[16] Entre los países que no tienen disposiciones al respecto figuran el Camerún, Egipto, Nigeria y Sierra Leona.

lo general a los acuerdos marco con un único proveedor, mientras que los sistemas basados en el "common law" también prevén los acuerdos marco con proveedores múltiples.

22. Por ejemplo, en Malawi están regulados tanto los contratos con fecha de entrega indefinida o de suministro cuantitativo indefinido como los acuerdos marco[17]. Los primeros se conciertan con un solo proveedor, y mientras que los segundos deben celebrarse con por lo menos tres proveedores, en cuyo caso se requiere un proceso competitivo en la segunda etapa. Etiopía y Tanzanía tienen disposiciones de carácter general sobre los acuerdos marco[18].

23. En Burkina Faso, los términos de los contratos con fecha de entrega indefinida o de suministro cuantitativo indefinido o de los acuerdos marco deben especificar los bienes o artículos que se contratarán, su precio, y una cuantía o cantidad contractual mínima y máxima[19]. En el Níger se aplican disposiciones parecidas[20].

24. En el Senegal, una entidad adjudicadora cuyas necesidades futuras sean inciertas puede concertar, siguiendo los procedimientos de contratación normales, un "*marché à commande*" en el que se establecen una cifra máxima y una cifra mínima (correspondientes al valor o a la cantidad), o un "*marché de clientele*", en el que se especifican los tipos de bienes, pero no su cantidad o importe, con una fórmula determinada por el mercado que establece el precio[21]. Hay disposiciones análogas en Argelia[22], Malí[23], Marruecos[24], Túnez[25] y el régimen de la Unión Económica y Monetaria del África Occidental[26].

C. Asia

25. La legislación de China regula tanto los acuerdos marco con un único proveedor como aquellos con proveedores múltiples, celebrados después de una competencia abierta inicial. En los segundos, la negociación con los proveedores está permitida si el pedido subsiguiente es relativamente grande, o si pueden solicitarse nuevas cotizaciones. Los detalles de los proveedores y de sus ofertas se dan a conocer en el sitio web sobre contratación pública del Ministerio de Finanzas. Los acuerdos con un proveedor único están autorizados, en circunstancias limitadas,

---

[17] Artículos 29 y 30, respectivamente, de la Ley de Contratación Pública núm. 8, de 2003, de Malawi.

[18] Artículo 5.2 de la Ley de Contratación Pública de Etiopía, y artículo 57 del Reglamento de Contratación Pública de Tanzanía, 2005, aprobado en virtud de la Ley de Contratación Pública (núm. 3, de 2001).

[19] *Décret núm. 2003-269/Pres/Pm/Mfb.*

[20] *Code des marchés publics*, artículo 65.

[21] Véase el *Code des marchés publics, décret núm. 2002-550*, julio de 2002, capítulo 6 - *Marchés de clientèle ou à commande*, artículo 26.

[22] *Décret présidentiel núm. 02-250 du 13 Joumada El Oula 1423 correspondant au 24 juillet 2002 portant réglementation des marchés publics*.

[23] *Décret núm. 95-401/p-rm portant code des marches publics.*

[24] *Décret núm. 2-98-482, fixant les conditions et les formes de passation des marchés de l'État ainsi que certaines dispositions relatives à leur contrôle et à leur gestion,* artículo 5.

[25] *Article 8, Décret núm. 2002-3158 portant Réglementation des Marchés Publics,* diciembre de 2002.

[26] *Projet de Directive,* artículos 7, 36 y 37.

para la contratación de servicios. La reglamentación correspondiente no aborda los detalles del funcionamiento de los acuerdos[27]. En la Región Administrativa Especial de Hong Kong[28], los acuerdos marco se utilizan sin que exista una reglamentación específica.

26. No se encontraron disposiciones al respecto en Indonesia, Papua Nueva Guinea, la República Democrática Popular Lao, Siria y Viet Nam[29]. Singapur[30], al igual que Hong Kong, utiliza desde hace tiempo los acuerdos marco sin ningún tipo de reglamentación específica.

D. Europa

27. Las directivas recientes sobre contratación pública de la Unión Europea contienen disposiciones explícitas acerca de los acuerdos marco[31]. Las Directivas disponen que los Estados miembros "pueden" prever el empleo de acuerdos marco (es decir, no están obligados a hacerlo), y establecen las normas mínimas para su funcionamiento. En consecuencia, los distintos Estados miembros pueden promulgar legislación más restrictiva que las propias directivas, y en algunos casos puede haber también legislación preexistente que sea más restrictiva que las disposiciones de las directivas.

28. Las nuevas directivas de la Unión Europea entraron en vigor después de haberse celebrado consultas con los Estados miembros, y no son muy distintas de las disposiciones o prácticas que se aplican desde hace tiempo en ciertos Estados miembros, como Francia[32], Suecia[33] y el Reino Unido (en el que los acuerdos

---

[27] Reglamento del Ministerio de Finanzas, "Gestión de la Contratación Pública para los Organismos Centrales", cláusulas 31 y 32.

[28] Información facilitada a la Secretaría por el Gobierno de la Región Administrativa Especial de Hong Kong (China).

[29] En lo que respecta a las disposiciones en Mongolia y Tailandia, véase el párrafo 45.

[30] La Secretaría ha recibido información sobre esta práctica. En los "términos y condiciones para el empleo de las transacciones electrónicas públicas", que regulan un régimen en el que los proveedores se inscriben para realizar transacciones con el gobierno por vía electrónica, se menciona específicamente la posibilidad de utilizar acuerdos marco, con inclusión de aquellos en que se piden cotizaciones a los proveedores (cláusula 12 y definición de Acuerdos marco).

[31] Véase, en particular, el artículo 32 de la Directiva 2004/18/CE.

[32] *Code des marchés publics*, *Decret núm. 2004-15* de 7 de enero de 2004, artículos 70 y 71, actualmente en fase de actualización para tener en cuenta las nuevas directivas sobre contratación pública de la UE. Según el Código en vigor, la práctica es la siguiente: las disposiciones distinguen entre dos tipos de acuerdo marco, que se aplican cuando los plazos o el alcance de los trabajos no pueden regularse plenamente en el contrato. En primer lugar, los acuerdos con contratos en que la entidad adjudicadora está obligada a adquirir una cantidad mínima estipulada, y todas sus necesidades de los bienes, las obras o los servicios de que se trate, del proveedor en cuestión, hasta una cuantía máxima. Este tipo de acuerdo se concierta por lo general con un proveedor único, aunque el acuerdo con proveedores múltiples está permitido si no es posible que un solo proveedor realice todo el trabajo o si es necesario recurrir a proveedores múltiples para asegurar el suministro. (El segundo tipo de acuerdo marco funciona con contratos condicionales, en virtud de los cuales la entidad adjudicadora está obligada a adquirir solo cierta cantidad, con la opción de superar esa cantidad.) En la primera etapa se exige la competencia, sobre la base del valor máximo estimado de los contratos previstos.

marco funcionan sin ninguna reglamentación específica)[34]. (Estos países están actualizando su legislación a fin de tener en cuenta las disposiciones de las nuevas directivas.) En virtud de la Directiva 2004/18/CE de la UE, una entidad adjudicadora puede celebrar un acuerdo marco (de conformidad con las disposiciones de la Directiva) relativo, en particular, a la publicidad, los plazos y las condiciones para la presentación de ofertas, y luego suscribir contratos individuales para cada adquisición[35].

29. Otros países de la Unión Europea que han aprobado legislación que regula específicamente los acuerdos marco de manera compatible con las directivas son Dinamarca, Estonia[36], Finlandia[37], Polonia[38] y Eslovaquia[39]. Entre los Estados no pertenecientes a la Unión Europea examinados, Noruega[40] y la ex República Yugoslava de Macedonia[41] han reglamentado el funcionamiento de los acuerdos marco.

---

[33] Ley de Contratación Pública (SFS 1992:1528) en su forma enmendada, disponible en www.nou.se/pdf/louenglish.pdf.

[34] La Oficina de Comercio Gubernamental del Gobierno Británico considera que los acuerdos marco no eran incompatibles con las antiguas directivas sobre contratación pública de la UE, por cuanto los acuerdos podían concertarse ya sea de conformidad con las directivas, si consistían en un contrato vinculante con obligaciones de compra, o al margen de las directivas, cuando la entidad adjudicadora no se comprometía a efectuar ninguna compra.
Las adquisiciones efectuadas en virtud del acuerdo marco eran contratos a los que se aplicaban las directivas, y a la Comisión Europea le preocupaba que los contratos no se adjudicaran de conformidad con las directivas si se modificaban las especificaciones en esa etapa. Esa situación se ha rectificado ahora con la aprobación de las nuevas directivas sobre contratación pública de la UE. Véase, además, la nota informativa de la Oficina de Comercio Gubernamental, febrero de 2003, disponible en www.ogc.gov.uk/embedded_object.asp?docid=1000330, y Arrowsmith S., "Case Comment: Framework Agreements under the UK Procurement Regulations: the Denfleet Case," 2005 PUB. PROC. L. REV. NA86.

[35] Los contratos de compra individuales pueden suscribirse ya sea aplicando las condiciones establecidas en el acuerdo marco o, si no se han fijado todas las condiciones de antemano en el acuerdo marco, celebrando una nueva licitación entre las partes en dicho acuerdo.
Las Directivas establecen que la nueva licitación debe cumplir ciertas normas, cuya finalidad es garantizar la flexibilidad y el respeto de los principios generales de la Directiva, en particular el principio de la igualdad de trato. Por los mismos motivos, la duración de los acuerdos marco no debería normalmente exceder de cuatro años.

[36] Véase la Ley de Contratación Pública, de 19 de octubre de 2000 (RT1 I 2000, 84, 534; texto unificado RT I 2001, 40, 224), que entró en vigor el 1 de abril de 2001 en su forma enmendada, disponible en www.rha.gov.ee/eng/?nav_PeaLink=Oigusaktid&id=15.

[37] Véase www.hansel.fi/index.php?id=286&action=empty.

[38] Ley de 29 de enero de 2004, Ley de Contratación Pública, disponible en www.uzp.gov.pl/.

[39] Véase la Ley núm. 523/2003 de 24 de octubre de 2003, disponible en www.uvo.gov.sk/english/stat02a/stat02a.htm.

[40] Noruega tiene un régimen de contratación compatible con el del Espacio Económico Europeo, que aplica dos conjuntos de reglamentos en virtud de la Ley núm. 69 de 16 de julio de 1999 (enmendada), disponible en www.dep.no/odin/english/norway/foreign/032091-991532/dok-bn.html. El Órgano de Vigilancia de la Asociación Europea de Libre Comercio señaló en 2003, sin embargo, que Noruega había autorizado la concertación de ciertos acuerdos marco sin aplicar las Directivas de la UE entonces vigentes (véase www.eftasurv.int/information/annualreports/dbaFile4066.pdf).

[41] Véase la Ley de Contratación Pública de la ex República Yugoslava de Macedonia, marzo de 2004, disponible en www.sigmaweb.org/PDF/Laws_PUP/FYROM_PPL_Mar_2004.pdf.

30. En Armenia se prepara una lista de los bienes, obras y servicios que se han de adjudicar mediante "licitación regular"; la lista es aprobada por el Ministerio de Finanzas y Economía, después de lo cual las entidades adjudicadoras establecen las especificaciones y llevan a cabo el procedimiento de contratación pública normal para los artículos en cuestión.

E. América Latina

31. El empleo de contratos con fecha de entrega indefinida o de suministro cuantitativo indefinido es común en la región, y con frecuencia funciona por conducto de una entidad de contratación pública central (como la Dirección de Compras y Contratación Pública de Chile)[42] o de una entidad en nombre de varias entidades adjudicadoras (como en el caso del Perú)[43]. En México los contratos con fecha de entrega indefinida o de suministro cuantitativo e indefinido están autorizados, con cantidades mínimas y máximas y con plazos para los contratos[44].

32. En el Brasil, las normas relativas a los acuerdos marco[45] prevén de forma limitada los acuerdos marco con proveedores múltiples, y muestran una preferencia por los acuerdos con un único proveedor cuando se trata de compras repetidas. Los acuerdos con proveedores múltiples se utilizan en general solo si un proveedor único no puede cubrir una necesidad, en cuyo caso se pide normalmente a los otros proveedores que bajen sus precios al nivel de los del proveedor ganador[46]. Solo en situaciones excepcionales puede no aplicarse este requisito. Los acuerdos marco están limitados también a un año para los bienes, y normalmente a un año, pero con una posible prorroga de hasta un año, para los servicios[47].

F. América del Norte

33. En los Estados Unidos, los acuerdos marco se denominan generalmente acuerdos de suministro o contratos con fecha de entrega indefinida o de suministro cuantitativo indefinido de adjudicación múltiple, y están autorizados en dos instrumentos de la legislación sobre contratación pública (la Ley para la Agilización de las Compras Federales (FASA), de 1994, y el Reglamento sobre Adquisiciones Federales (FAR)). El FAR exige que todos los contratos de suministro especifiquen el período del contrato, la cantidad máxima de bienes o servicios que se adquirirá y el trabajo que se habrá de realizar[48].

34. La mayoría de los contratos con fecha de entrega indefinida o de suministro cuantitativo indefinido son administrados por el Servicio Federal de Suministros

---

[42] Que se rige por la Ley de compras 19.886, Capítulo VI, artículo 30, d).

[43] Véanse la Ley núm. 26.850 de 9 de julio de 1997 (la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado) y su Reglamento, particularmente los artículos 88 a 96.

[44] Véase la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, artículo 47.

[45] Ley núm. 8.666 de 21 de junio de 1993, artículo V, y decreto núm. 3.931, de 19 de septiembre de 2001.

[46] Decreto núm. 3.931, de 19 de septiembre de 2001.

[47] Ley núm. 8.666 de 21 de junio de 1993, artículo 57, y decreto núm. 3.931 de 19 de septiembre de 2001, artículo 2.4.

[48] FAR 16.504, disponible en www.arnet.gov/far.

(FSS) de la Administración de Servicios Generales (GSA); se conocen con el nombre de contratos marco de adjudicación múltiple ("Multiple Award Schedules" (MAS)), y el FAR especifica los requisitos mínimos de competencia (pero no están regulados por la FASA)[49].

35. También en los Estados Unidos, las entidades adjudicadoras pueden utilizar los contratos MAS como alternativa al procedimiento ordinario de adjudicación competitiva[50]. Todo proveedor interesado puede, en cualquier momento, presentar una oferta para pasar a ser un proveedor de un contrato MAS[51, 52]. Otros contratos con fecha de entrega indefinida o de suministro cuantitativo indefinido que se ofrecen quedan abiertos a licitación solo por un período limitado.

G. Sistemas con características comparables a los acuerdos marco

36. En Australia no está prevista la celebración de acuerdos marco, pero existe un régimen análogo, el de los "acuerdos con grupos". En estos acuerdos, una entidad adjudicadora puede firmar un "documento de oferta permanente" con múltiples proveedores para el suministro de determinados bienes o servicios. Los proveedores se seleccionan mediante un proceso de licitación abierta o restrictiva, y los acuerdos con grupos deben contener los requisitos mínimos para la contratación, incluido un precio o tarifa indicativo o establecido para el contrato. No hay disposiciones específicas que regulen la concertación de un acuerdo con un grupo, pero se aplican los requisitos sustantivos y de procedimiento normales (con inclusión de la ética, la transparencia y la no discriminación). La entidad adjudicadora no está obligada a

---

[49] La GSA otorga tres tipos de contrato: el contrato marco de adjudicación única (Single Award Schedule, SAS), el contrato marco de adjudicación múltiple (Multiple Award Schedule, MAS) y el contrato de mantenimiento y reparación. En un SAS hay un proveedor, los artículos se fabrican con arreglo a las especificaciones militares federales o como artículos comerciales, las compras se refieren a una zona geográfica específica y la adjudicación se efectúa por licitación en pliego cerrado. En un contrato MAS, hay diversos proveedores, no hay garantía de venta, los proveedores son titulares de un contrato con fecha de entrega indefinida o de suministro cuantitativo indefinido y la fijación de precios se basa en descuentos respecto de la lista de precios comerciales.

[50] FAR 8.404, en virtud del cual los pedidos hechos con arreglo a un contrato marco de adjudicación múltiple y conforme a los procedimientos establecidos se consideran hechos mediante un proceso de competencia plena y abierta.

[51] Las solicitudes de ofertas para contratos MAS, en gran medida normalizadas para las distintas categorías de productos, se pueden consultar en la base de datos en línea de la GSA, en www.gsaelibrary.gsa.gov. La GSA generalmente acepta a todo proveedor que ofrezca precios razonables.

[52] La fijación de precios en los contratos MAS se basa en los precios comerciales del vendedor; en virtud de la cláusula del cliente más favorecido, el vendedor se compromete a reducir sus precios del contrato MAS a los niveles que se apliquen a una categoría de clientes comerciales que la GSA y el vendedor hayan aceptado como categoría de clientes de referencia del vendedor. Véase la cláusula de reducción de precios, GSAAR 552.238-75, 48 C.F.R. y 552.238-75 (septiembre de 1999); Administración de Servicios Generales de los Estados Unidos, Oficina del Inspector General, "Special Report – MAS Pricing Practices: Is FSS Observing Regulatory Provisions Regarding Pricing?" (24 de octubre de 2001) (disponible en www.gsa.gov/gsa/cm_attachments/GSA_DOCUMENT/masrpt_R2E-c7B_0Z5RDZ-i34K-pR.pdf).

aceptar ninguna oferta permanente y la oferta permanente puede retirarse en cualquier momento antes de su aceptación.

37. Los detalles de los documentos de oferta permanente o contratos pueden variar entre los miembros del grupo. Cuando se efectúan compras a través de un acuerdo con un grupo, la entidad adjudicadora debe evaluar la relación precio-calidad de toda oferta permanente que se haya presentado. Puede celebrarse una nueva licitación dentro del acuerdo con el grupo cuando ello resulte rentable, pero solo si en el contacto inicial con el mercado se indicó que el grupo podría utilizarse de esta manera[53].

38. El Canadá también aplica un sistema análogo no vinculante, que incluye acuerdos de suministro (un método de suministro en que las entidades adjudicadoras, en el marco del acuerdo, pueden solicitar ofertas de un grupo de vendedores preseleccionados)[54] y ofertas permanentes (una oferta hecha por un proveedor para el suministro de ciertos bienes y/o servicios a precios preestablecidos, o con una base de fijación de precios preestablecida, en los términos y condiciones fijados, que queda abierta a la aceptación durante un período especificado)[55]. Estos acuerdos están regulados por el Departamento de Obras Públicas y Servicios Gubernamentales del Canadá (PWGSC)[56], mediante dos principales instrumentos de política: el *Supply Manual* (Manual de Suministro), que es un manual de política[57], y el *Standard Acquisition Clauses and Conditions Manual* (Manual de cláusulas y condiciones normalizadas para la adquisición)[58]. Sin embargo, ni los acuerdos de suministro ni las ofertas permanentes se consideran un equivalente directo de los acuerdos marco europeos (pueden aproximarse más en algunos aspectos a las listas de proveedores, ya que se genera una lista de proveedores cualificados sin definir plenamente el alcance de los trabajos ni los términos y condiciones, y la segunda etapa de la contratación se realiza de

---

[53] Artículos 8.67 y 8.68 de las Directrices de adquisiciones del Commonwealth (CPG), formuladas en virtud del artículo 7 del Reglamento de Gestión Financiera y Rendición de Cuentas de 1997.

[54] Estos contratos se han definido como "acuerdos que incluyen tanto una oferta de un contratista potencial como la aceptación de esa oferta por el gobierno para concertar futuros contratos de conformidad con los términos y condiciones prescritos en el acuerdo permanente. Con un acuerdo permanente, el gobierno tiene la obligación de hacer uso de los servicios negociados dentro del plazo especificado". Gobierno de la Columbia Británica (Canadá), Ministerio de Finanzas, Oficina del Contralor General, *Core Policy and Procedures Manual Glossary*, disponible en www.fin.gov.bc.ca/ocg/fmb/manuals/CPM/Glossary.htm.

[55] Los organismos canadienses pueden utilizar una oferta permanente cuando recurren directamente al procedimiento del vendedor conocido (Vendor of Record, VOR) para la adquisición de bienes y servicios. Este es un "proceso de contratación pública en que el consejo municipal/local solicita ofertas o propuestas a un grupo seleccionado de vendedores con los que ya ha establecido relaciones comerciales satisfactorias. El objetivo de este procedimiento es disponer de "un proveedor cualificado, seguro y económico cuando surge la necesidad, sin tener que incurrir en los gastos administrativos de una solicitud de cotizaciones". Gobierno de Ontario (Canadá), Ministerio de Asuntos Municipales y Vivienda, *Guide to Developing Procurement Bylaws, Meeting the Requirements of the Municipal Act*, 2001, en 24 (julio de 2003), disponible en www.mah.gov.on.ca/userfiles/HTML/nts_1_11349_1.html.

[56] Véase PWGSC, Supply Manual, sección 9J, especialmente 9J1, disponible en www.pwgsc.gc.ca/acquisitions/text/sm/sm-e.html.

[57] Disponible en www.pwgsc.gc.ca/acquisitions/text/sm/sm-e.html

[58] Disponible en http://sacc.pwgsc.gc.ca/sacc/index-e.jsp

conformidad con las reglas de la licitación selectiva)[59]. En la práctica, puede haber variaciones en las ofertas permanentes y en los acuerdos de suministro.

39. En la India[60], la Organización Central de Compras (CPO) puede concertar "contratos a precios unitarios" con proveedores registrados, respecto de bienes y artículos normalizados (artículos de uso común que diversos ministerios del Gobierno central necesitan regularmente). La CPO publica y actualiza todos los detalles pertinentes en su sitio web. Los proveedores deben solicitar periódicamente la renovación del registro. En cualquier momento pueden también inscribirse nuevos proveedores, siempre que cumplan todas las condiciones requeridas. Se supervisa el desempeño de todos los proveedores, y existe la posibilidad de inscribirlos en una lista negra.

IV. Condiciones generales para el empleo de acuerdos marco

A. Alcance de los acuerdos marco

40. Una entidad adjudicadora puede estar o no obligada a adjudicar contratos en virtud del acuerdo [61,62]. En un documento de orientación de la Comisión Europea sobre el funcionamiento de los acuerdos marco en virtud de la Directiva 2004/18/CE de la Unión Europea se observa que el hecho de que la entidad adjudicadora esté o no obligada a adjudicar contratos en virtud del acuerdo marco y de que el proveedor esté o no obligado a cumplirlos, queda a discreción del derecho nacional[63]. Cuando las condiciones del acuerdo marco no obligan a la entidad adjudicadora a efectuar adquisiciones con arreglo al acuerdo marco, la entidad puede hacerlas al

---

[59] En el capítulo 5 del *Supply Manual*, a partir de 5.153, figuran más detalles sobre las ofertas permanentes y los acuerdos de suministro.

[60] En el sitio web de la Dirección General de Suministros y Ventas (DGS&D) (www.dgsnd.gov.in) figura más información, especialmente acerca de la contratación pública electrónica para automatizar el proceso de licitación y de contratos a precios unitarios.

[61] El acuerdo será un contrato vinculante en la mayoría de los ordenamientos siempre que cada parte contraiga alguna obligación en virtud de él. En Francia, por ejemplo, el acuerdo marco es un contrato vinculante para ambas partes, porque los dos tipos de acuerdo marco previstos en el código imponen a la entidad adjudicadora una obligación de adquisición mínima. Cuando el acuerdo no obliga a la entidad adjudicadora a efectuar una adquisición mínima, en algunos ordenamientos es posible adoptar medidas legales para que el contrato pase a ser vinculante, por ejemplo mediante una escritura en el derecho inglés, pero también se le puede dejar como arreglo no vinculante.

[62] Un acuerdo marco que no obliga al proveedor a cumplir los pedidos que se le hagan en virtud de él difícilmente será ventajoso para la entidad adjudicadora, por lo que es poco probable que se dé en la práctica. Los acuerdos no vinculantes no ofrecen ninguna seguridad de suministro, por lo que pasan a ser importantes los otros posibles proveedores, y no son adecuados para los productos críticos. El carácter incierto del arreglo difícilmente permite además lograr el máximo ahorro posible de gastos y de tiempo que se consigue con un acuerdo vinculante. Sin embargo, las entidades adjudicadoras pueden efectuar ahorros al celebrar este tipo de acuerdo, si las expectativas de realizar transacciones son realistas, incluso en ausencia de una obligación jurídica estricta.

[63] Política de contratación pública de la Dirección General de Mercado Interior y Servicios de la Comisión Europea, CC/2005/03_rev 1 de 14 de julio de 2005, página 3.

margen del acuerdo si las condiciones son más favorables[64]. En consecuencia, la entidad adjudicadora puede tener que efectuar un pago por disponibilidad para que el proveedor se mantenga a disposición, o en caso de incertidumbre en cuanto a la probabilidad o la magnitud de los contratos previstos[65]. Sin embargo, en cada caso habrá que establecer un equilibrio entre la seguridad del suministro, el logro de descuentos sobre el precio por los pedidos en firme o previstos y el mantenimiento de la flexibilidad para efectuar la compra en otra parte.

41. En muchos regímenes se exige que los acuerdos marco establezcan cantidades o valores de compra mínimos y máximos y, en esa medida, los acuerdos marco son vinculantes para la entidad adjudicadora. Esto ocurre por ejemplo, en Burkina Faso, México, y el Senegal. En los Estados Unidos, el FAR exige que todos los contratos de suministro especifiquen el período del contrato, la cantidad máxima de bienes o servicios que se contratará y, aunque el acuerdo debe también estipular el valor monetario mínimo de las adquisiciones que se efectuarán en virtud de él, el monto suele ser bajo y de poca significación real.

42. En las disposiciones de la Ley Modelo se define la "oferta ganadora" (artículo 34 4) b)) y se dice que esa oferta "se aceptará" (artículo 36 1)). Puesto que en el apartado d) del artículo-27 de la Ley Modelo se exige también que el pliego de condiciones indique la cantidad de bienes que se contratarán[66], el Grupo de Trabajo tal vez considere que la Ley Modelo no permitiría un acuerdo marco no vinculante[67].

B. Restricciones al tipo de artículos que se pueden contratar

43. Las restricciones a los tipos de bienes o servicios que pueden contratarse en virtud de un acuerdo marco son poco frecuentes en la práctica. Es más común que las disposiciones establezcan las circunstancias en que la contratación mediante un acuerdo marco es adecuada. Las disposiciones de Francia, por ejemplo, especifican las circunstancias en que pueden utilizarse acuerdos marco, tanto con un único proveedor como con proveedores múltiples; esencialmente se trata de los casos en que los plazos o la magnitud de los trabajos no pueden establecerse del todo en el contrato público[68]. En los Estados Unidos, los contratos con fecha de entrega indefinida o de suministro cuantitativo indefinido pueden utilizarse para todo tipo de bienes y servicios. Sin embargo, hasta ahora su utilización más común ha sido para la contratación de artículos comerciales[69].

---

[64] Un ejemplo de régimen en que las compras al margen del acuerdo marco no están autorizadas es el del actual Código de contratación pública de Francia, artículos 70 y 71.

[65] Los pagos por disponibilidad son más frecuentes en los acuerdos marco con un único proveedor y en los contratos por servicios profesionales.

[66] Hay disposiciones equivalentes para los procedimientos de licitación restringida y la contratación pública de servicios.

[67] Algunos comentaristas opinan, sin embargo, que podría considerarse que la cantidad comprende una estimación.

[68] Véase la nota 32 *supra*.

[69] La expresión "artículos comerciales" se define de manera general en el FAR 2.101, 48 C.F.R. y 2.101, e incluye los bienes y servicios que están disponibles en el comercio en general, y los artículos relacionados con los que están ampliamente disponibles. Aunque las normas que

44. En las normas del Banco Mundial relativas a los consultores se restringe el empleo de los acuerdos marco a los servicios de consultoría prestados por un único proveedor, de la siguiente manera:

"Contrato con entrega no definida (Convenio de precios). Este contrato se utiliza cuando los prestatarios necesitan contar con servicios especializados "a pedido" de asesoramiento sobre una actividad determinada, cuyo alcance y plazo no se pueden establecer de antemano. Se utiliza por lo general para asegurar la disponibilidad de servicios de "asesores" para la ejecución de proyectos complejos (por ejemplo, un grupo de expertos sobre presas), de conciliadores expertos para integrar grupos de solución de controversias, reformas institucionales, asesoramiento sobre adquisiciones, identificación y solución de problemas técnicos, etc. normalmente por períodos de un año o más. El prestatario y la firma acuerdan los precios unitarios que se han de pagar a los expertos y los pagos se hacen sobre la base del tiempo efectivamente empleado en los servicios[70]."

45. Las normas no tratan específicamente de los acuerdos marco de ninguna otra manera. Entre los ordenamientos nacionales que tienen disposiciones de ese tipo figuran los de Mongolia[71] y Tailandia.

C. Duración de los acuerdos marco

46. En muchos de los ordenamientos examinados, las disposiciones establecen una duración máxima para los acuerdos marco, por lo general de un año, o de tres a cinco años. En Malawi, por ejemplo, la duración del acuerdo marco está limitada a un año en circunstancias normales, y a un máximo de cinco años en casos justificados[72]. En Burkina Faso, el acuerdo marco debe limitarse por referencia a los ejercicios presupuestarios y en ningún caso puede exceder de tres años[73]. En el Senegal, los acuerdos marco se conciertan por un período inicial de un año pero pueden prorrogarse hasta una duración total máxima de tres años[74]. Hay disposiciones análogas en Marruecos[75], Argelia[76] y Túnez[77].

---

regulan los "artículos comerciales" se han simplificado (véase FAR Parte 12, 48 C.F.R. Parte 12), los reguladores estadounidenses han propuesto recientemente reducir aún más los requisitos legales para los artículos comerciales disponibles de manera inmediata, los llamados "artículos comerciales disponibles en existencia", que incluyen tanto suministros como servicios. 69 Fed. Reg. 2447 (15 de enero de 2004).

[70] "Normas: Selección y contratación de consultores por Prestatarios del Banco Mundial," mayo de 2004, párrafo 4.5, disponible en http://siteresources.worldbank.org/INTPROCUREMENT/Resources/ConGuid-05-04-sv1.doc.

[71] Véase la Ley de Contratación Pública de Mongolia, 14 de abril de 2000, Ulaanbaatar, disponible en www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/monlaw_2000.doc.

[72] Ley de Contratación Pública núm. 8 de 2003.

[73] Artículo 9 del Décret *núm. 2003-369/PRES/PM/MFB*.

[74] Artículos 26 y 27 del *Code des marchés publics*, nota 21, *supra*.

[75] *Décret núm. 2-98-482*, artículo 5, nota 24, *supra*.

[76] *Décret présidentiel n° 02-250 du 13 Joumada El Oula 1423 correspondant au 24 juillet 2002 portant réglementation des marchés publics*, nota 22, *supra*.

[77] Artículo 8 del *Décret núm. 2002-3158*, nota 25, *supra*.

47. La Directiva 2004/18/CE de la Unión Europea dispone, en el párrafo 2 de su artículo 32, que "la duración de un acuerdo marco no podrá superar los cuatro años, salvo en casos excepcionales, debidamente justificados, en particular por el objeto del acuerdo marco". En Francia, el artículo 71.I del Código de Contratación Pública establece la duración en cuatro años, salvo en casos excepcionales y justificados[78], y en Armenia, la duración está limitada a tres años[79].

48. Las disposiciones de los Estados Unidos, por otra parte, no restringen la duración de los acuerdos de suministro o de los contratos con fecha de entrega indefinida o de suministro cuantitativo indefinido.

D. Umbrales financieros y otras reglas que determinan la aplicación de las normas y reglamentos sobre contratación pública

49. Los umbrales financieros pueden determinar si se aplican o no ciertas normas y reglamentos sobre la contratación pública[80] y, en el contexto de los acuerdos marco, una consideración importante es si los distintos contratos del acuerdo marco se suman, o agregan, a efectos del umbral.

50. Algunos ordenamientos, por ejemplo, contienen normas que exigen la agregación de todos los pedidos efectuados por una entidad en un período dado, en virtud del mismo acuerdo marco, incluso si las adquisiciones se efectúan mediante contratos distintos, y se prohíbe a las entidades dividir las adquisiciones a fin de evitar superar los umbrales financieros. Por ejemplo, a tenor del párrafo 9 del artículo 9 de la Directiva 2004/18/CE de la Unión Europea, el valor estimado que se ha de tomar en consideración al evaluar si el acuerdo marco está por debajo de los umbrales es el valor máximo estimado del conjunto de contratos contemplados durante la duración total del acuerdo marco o del sistema de adquisición.

51. Si los umbrales financieros para los procedimientos competitivos formales dependen sencillamente del valor de cada contrato y no hay reglas especiales para los marcos, la contratación en virtud de acuerdos marco puede quedar fuera del régimen de contratación pública. Por ejemplo, un acuerdo marco no vinculante puede no entrañar un procedimiento de contratación o contrato, y los distintos pedidos pueden ser inferiores a los umbrales financieros (cuando cada pedido efectuado dentro de un acuerdo marco es el único contrato de adquisición)[81].

---

[78] Sin embargo, no está excluido que un pedido individual del acuerdo marco exceda el máximo de cuatro años fijado para el acuerdo marco mismo.

[79] En Armenia, la duración está limitada al 1 de julio del año siguiente a aquel en que se firma el contrato, o a un máximo de tres años.

[80] Por ejemplo, en la Unión Europea el umbral para que se apliquen las directivas sobre contratación pública es, en general, de 249.000 euros (499.000 euros para la mayoría de los contratos de suministro y servicios y 624.000 euros en los casos de construcción de obras) (artículo 16 de la Directiva 2004/17/CE y artículo 7 de la Directiva 2004/18/CE).

[81] Por ejemplo, el proceso de licitación de la Ley Modelo tampoco prevé arreglos que entrañen la concertación de un contrato vinculante solo cuando se efectúa un pedido. En particular, en el párrafo 4 del artículo 36 se estipula que el contrato "adjudicado" entra en vigor cuando se acepta una oferta.

E. Requisitos de anuncio público y publicación

52. Los requisitos de anuncio público y publicación de algunos regímenes de contratación pública no se aplican a los acuerdos marco o, en algunos casos, a partes del procedimiento de adjudicación, como la publicación de anuncios de adjudicación de contratos en virtud del artículo 14 de la Ley Modelo (que permite al Estado promulgante establecer un umbral mínimo por debajo del cual no se requieren tales anuncios).

53. Por ejemplo, si la primera etapa de adjudicación de los acuerdos marco se anuncia públicamente y se adjudica de conformidad con lo dispuesto en la Directiva 2004/18/CE de la Unión Europea, no es necesario anunciar públicamente también cada contrato adjudicado con arreglo al acuerdo marco.

54. En los Estados Unidos no es necesario publicar las solicitudes o los pedidos individuales hechos en virtud de los acuerdos marco. Debe publicarse en cambio una lista de los acuerdos marco interinstitucionales, pero esa lista no está disponible actualmente[82].

55. En el marco del Acuerdo sobre Contratación Pública, el requisito estándar de que la entidad adjudicadora publique un anuncio de cada adjudicación podría en teoría exigir a los compradores que publiquen un anuncio de cada contrato adjudicado en virtud del acuerdo marco[83]. Sin embargo, la OMC ha sostenido que las adjudicaciones de la segunda etapa están exentas de los requisitos de anuncio público y publicación del Acuerdo[84].

56. Algunos comentaristas han observado que la publicación de anuncios de los pedidos hechos o de los contratos adjudicados reviste un valor considerable en relación con los acuerdos marco, ya que ofrece la posibilidad de controlar en cierta medida si los acuerdos con proveedores únicos funcionan de conformidad con las reglas, y la manera en que se efectúan los pedidos en la segunda fase de adjudicación de los contratos marco con proveedores múltiples. Se ha observado que si se exige la agregación de los importes de los contratos del acuerdo marco a efectos del anuncio público se puede lograr un proceso más transparente del que se daría en caso contrario para las adquisiciones pequeñas, porque el acuerdo marco mismo debe anunciarse, aun cuando el requisito del anuncio no se aplique a los distintos pedidos de compra[85].

---

[82] Véase FAR, subsección 5.6. Sin embargo, en el sitio web que debería contener la lista de acuerdos marco interinstitucionales mencionada, www.contractdirectory.gov, figura un anuncio que dice que el funcionamiento del Directorio de contratos interinstitucionales está temporalmente suspendido.

[83] GPA, artículo XVIII.1.

[84] Organización Mundial del Comercio, Comité de Contratación Pública, "Examen de la legislación nacional de aplicación: Estados Unidos" Sec. V (GPA/50 (01-2999) (15 de junio de 2001)), disponible en http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/v/PLURI/GPA/50.doc.

[85] La escala del acuerdo marco puede también justificar los gastos de anuncio público, que serían prohibitivos para los pedidos pequeños.

F. Vías de recurso

57. En muchos ordenamientos la segunda etapa de adjudicación está exenta de un mecanismo de recurso como el que se prevé en el capítulo VI de la Ley Modelo.

58. Por ejemplo, la OMC ha sostenido también que las adjudicaciones de la segunda etapa están exentas de los procedimientos de impugnación del Acuerdo sobre Contratación Pública[86]. De la misma manera, la Directiva 2004/18/CE de la Unión Europea dispone que, una vez establecido el acuerdo marco, los distintos pedidos hechos en virtud del acuerdo no están sujetos a mecanismos de recurso. A raíz de ello, algunos observadores han comentado que puede ponerse en riesgo la competencia efectiva en la segunda fase.

59. En los Estados Unidos, la Oficina de Contaduría General (GAO) desempeña la función de revisión federal ("impugnación de ofertas"). Los proveedores no pueden, en la mayoría de los casos, solicitar una revisión de los pedidos individuales efectuados dentro de un acuerdo marco porque la función de revisión se ejerce sobre el acuerdo marco mismo[87].

---

[86] Organización Mundial del Comercio, Comité de Contratación Pública, "Examen de la legislación nacional de aplicación: Estados Unidos," Sec. V (GPA/50 (01-2999) (15 de junio de 2001)), disponible en http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/t/PLURI/GPA/50.doc.

[87] Con limitadas excepciones.

A/CN.9/WG.I/WP.44/Add.1

Posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios - empleo de acuerdos marco en la contratación pública

ADICIÓN

ÍNDICE

[Los capítulos I a IV se publican en el documento A/CN.9/WG.I/WP.44]

Párrafos

V. Funcionamiento de los acuerdos marco 1-46

A. Procedimientos para concertar acuerdos marco 1-7

B. Acuerdos con un único proveedor 8-14

1 Primera etapa del proceso de adjudicación 8-9

2. Segunda etapa del proceso de adjudicación 10-11

3. Cuestiones que se plantean en los acuerdos con un único proveedor 12-14

C. Acuerdos con proveedores múltiples 15-43

1. Introducción 15-16

2. Primera etapa del proceso de adjudicación 17-20

3. Segunda etapa del proceso de adjudicación 21-35

a) Observaciones generales 21

b) Adjudicación de contratos sin competencia en la segunda etapa 22-24

c) Adjudicación de contratos con competencia en la segunda etapa - sistemas que no permiten la revisión continua de las ofertas y la modificación de las especificaciones 25-30

d) Adjudicación de contratos con competencia en la segunda etapa - sistemas que permiten la revisión continua de las ofertas y la modificación de las especificaciones 31-35

4. Cuestiones que se plantean en el funcionamiento de los acuerdos marco con proveedores múltiples 36-43

D. Acuerdos marco administrados por organismos de compra centralizada 44-46

VI. Regulación de los acuerdos marco en la Ley Modelo 47-63

A. Tipos de acuerdo marco que podrían preverse en la Ley Modelo 51-52

B. Condiciones generales para el uso 53

C. Primera etapa del proceso de adjudicación 54

D. Segunda etapa del proceso de adjudicación 55-63

1. Acuerdos marco con un único proveedor y con proveedores múltiples sin competencia en la segunda etapa 55

2. Acuerdos marco con un único proveedor y con proveedores múltiples con competencia en la segunda etapa 56-63

V. Funcionamiento de los acuerdo marco

A. Procedimientos para concertar acuerdos marco

1. A continuación figura información más detallada sobre las cuestiones que se plantean en el empleo y funcionamiento de los acuerdos marco. Sin embargo, las investigaciones indican que estas cuestiones están reguladas en muchos casos mediante reglamentos y otra legislación delegada, que con frecuencia no está a disposición del público. Por lo tanto, el presente examen se centra en los sistemas respecto de los cuales hay información pública sobre los principales detalles y comentarios.

2. Si los acuerdos marco se conciertan en virtud de la legislación sobre contratación pública general, el método de contratación para seleccionar los proveedores que serán admitidos en el acuerdo marco se escogerá de conformidad con las reglas normales que rigen la adjudicación de contratos públicos. El régimen de contratación pública puede también tener disposiciones relativas a los acuerdos marco como método de contratación aparte, como ocurre, por ejemplo, en los Estados Unidos[88].

3. Es probable, sin embargo, que los tipos de compra reiterada para los cuales se suelen utilizar los acuerdos marco exijan el empleo de un método de contratación abierto y competitivo (esto es, según la Ley Modelo, el proceso de licitación o el método principal para la contratación pública de servicios). A veces pueden aplicarse las condiciones para los procedimientos de licitación restringida, pero las de los otros métodos de contratación que se establecen en la Ley Modelo (licitación en dos etapas, solicitud de propuestas y negociación competitiva, o sus equivalentes en otros regímenes en cada caso) tienen menos probabilidades de aplicarse porque esos métodos están previstos para situaciones en que la entidad adjudicadora no puede formular las especificaciones con el grado de precisión o finalidad que exige el proceso de licitación.

4. Una vez concluido el procedimiento de contratación pública, la entidad adjudicadora concierta un acuerdo con uno o más proveedores. El acuerdo puede tener la forma de un contrato dividido en lotes. Puede haber un solo contrato firmado con todos los proveedores, o un acuerdo aparte entre la entidad adjudicadora y cada proveedor (este último caso permite establecer condiciones diferentes, por ejemplo, precios diferentes, con distintos proveedores).

---

[88] En virtud del Reglamento sobre Adquisiciones Federales (FAR, sección 8.4) (disponible en www.arnet.gov/far).

5. Aunque en la mayoría de los sistemas hay competencia para la admisión en el acuerdo marco, el alcance de esa competencia (es decir, en qué medida se compite) varía de un sistema a otro.

6. De la misma manera, el grado de competencia en la etapa subsiguiente de adjudicación de contratos también varía desde cero hasta el equivalente de un proceso de licitación. Los acuerdos marco se dividen en dos categorías principales: los que comprenden una selección competitiva de los proveedores en la primera etapa, pero no en la segunda, del proceso de adjudicación, y los que entrañan cierto grado de selección competitiva de los proveedores en ambas etapas.

7. Otras diferencias se refieren a la medida en que los diversos regímenes existentes permiten a) las enmiendas de los términos, condiciones y especificaciones establecidos en la convocatoria a licitación, y b) la admisión de nuevos proveedores en el acuerdo marco durante período de vigencia.

B. Acuerdos con un único proveedor

1. Primera etapa del proceso de adjudicación

8. La forma más sencilla de acuerdo marco es la que se concierta con un solo proveedor después de un proceso de licitación, a continuación de lo cual se hacen pedidos de conformidad con los términos y condiciones establecidos en el acuerdo marco. Este acuerdo se parece, por lo tanto, a un contrato de adquisición normal, salvo que habrá un intervalo entre la adjudicación del contrato marco mismo y la realización de pedidos de bienes, obras o servicios en virtud de él. Este tipo de acuerdo marco se asemeja a la definición de un contrato con fecha de entrega indefinida o de suministro cuantitativo indefinido.

9. La selección del proveedor se efectuará, por consiguiente, aplicando los criterios normales de conformidad con el procedimiento de contratación pública pertinente. Este requisito figura en muchos de los ordenamientos jurídicos de África, Asia y las Américas descritas en la sección III del documento A/CN.9/WG.I/WP.44, y en párrafo 2 del artículo 32 de la Directiva 2004/18/CE de la Unión Europea, en que se establece que la adjudicación de la primera etapa en un acuerdo marco debe efectuarse aplicando los criterios de adjudicación estipulados en el artículo 53 de la Directiva.

2. Segunda etapa del proceso de adjudicación

10. En el párrafo 3 del artículo 32 de la Directiva 2004/18/CE de la Unión Europea se añade que la adjudicación de la segunda etapa se efectuará “con arreglo a los términos establecidos” en el acuerdo marco sin convocar a nueva licitación, pero la entidad adjudicadora podrá “consultar” por escrito con el proveedor, “pidiéndole, si fuera necesario, que complete su oferta” en la tapa dos del proceso de adjudicación. Esta disposición tiene por objeto permitir que se establezcan condiciones más precisas para un contrato particular, por ejemplo, el plazo para la conclusión de un proyecto de consultoría, o la metodología que se ha

de utilizar[89]. Esta modalidad puede comprender un acuerdo marco que prevea la revisión de los precios de las ofertas según un mecanismo o una fórmula preestablecidos, pero sin discreción alguna por parte del proveedor, por ejemplo, que los precios puedan revisarse en función de la tasa de inflación o de otro parámetro externo.

11. En la Directiva se añade expresamente, sin embargo, que particularmente en esta circunstancia, "[e]n la adjudicación de contratos basados en el acuerdo marco, las partes no podrán en ningún caso introducir modificaciones sustanciales en los términos establecidos en el acuerdo marco". Así pues, toda modificación deberá basarse en la especificación inicial (lo que, en los ejemplos anteriores, puede referirse a un requisito de que se concluya el contrato en un tiempo razonable, o a la necesidad de que la entidad adjudicadora apruebe la metodología propuesta por el proveedor)[90]. En otros regímenes (incluido, por ejemplo, el de Burkina Faso), los contratos adjudicados en virtud del acuerdo marco pueden contener especificaciones más detalladas, si es necesario.

3. Cuestiones que se plantean en los acuerdos con un único proveedor

12. Entre las preocupaciones expresadas en relación con los acuerdos con un único proveedor figuran el posible efecto anticompetitivo del hecho de que la contratación a la que se refiere el acuerdo marco no se vuelva a someter a procesos competitivos durante el curso del acuerdo, y que la seguridad del suministro pueda no estar garantizada.

13. La flexibilidad que permite modificar las especificaciones en la segunda etapa de adjudicación también puede entrañar un riesgo de abuso.

14. Estas cuestiones, que se plantean también en el contexto de los acuerdos con proveedores múltiples, se examinan en los párrafos 36 a 43 del presente documento.

C. Acuerdos con proveedores múltiples

1. Introducción

15. Los acuerdos con proveedores múltiples pueden ser acuerdos cerrados (en que no se admiten nuevos proveedores en el acuerdo marco después de la etapa uno del proceso de adjudicación, como ocurre en la Unión Europea) o abiertos (en que pueden admitirse nuevos proveedores en el acuerdo marco después de la etapa uno del proceso de adjudicación, como se hace en los Estados Unidos). En el caso de los acuerdos marco cerrados, la etapa dos del proceso de adjudicación puede ser o no competitiva.

---

[89] En el artículo 71 del Código de Contratación Pública de Francia figura una disposición equivalente.

[90] La necesidad de complementar las ofertas de esta manera no se plantea por lo general entre la selección del ganador y la celebración del contrato en los procedimientos distintos del acuerdo marco.

16. La convocatoria inicial a licitación en estos acuerdos marco con proveedores múltiples puede comprender la petición de una propuesta concreta para los contratos previstos, cuya valoración formará parte de la valoración de las ofertas o respuestas en cuestión.

2. Primera etapa del proceso de adjudicación

17. Los regímenes de contratación pública que prevén acuerdos marco con proveedores múltiples varían ampliamente en lo que respeta a la selección de los proveedores en esta primera etapa del proceso de adjudicación. La diferencia principal radica en la cuestión de si en el acuerdo marco deben o pueden admitirse todos los proveedores cualificados o solamente algunos.

18. En la Unión Europea, por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 32 de la Directiva 2004/18/CE estipula que las entidades adjudicadoras "seguirán las normas de procedimiento previstas en la presente Directiva en todas las fases hasta la adjudicación de los contratos basados en este acuerdo marco. La elección de las partes del acuerdo marco se llevará a cabo mediante la aplicación de los criterios de adjudicación establecidos de conformidad con el artículo 53".

19. Esta disposición implica que la entidad adjudicadora puede no admitir a todos los proveedores conformes en el acuerdo marco, independientemente de su número, pero debe efectuar la selección basándose en los criterios de adjudicación. En el párrafo 4 del artículo 32 se añade que en el acuerdo marco deberán admitirse por lo menos tres proveedores, siempre que haya un número suficiente de ellos que satisfagan los criterios de selección y/o suficientes "ofertas admisibles que respondan a los criterios de adjudicación". Otros sistemas tienen también disposiciones análogas (por ejemplo, el de Malawi). Este tipo de acuerdo marco queda cerrado después de su celebración.

20. En los Estados Unidos, por otra parte, los reglamentos dan preferencia a los acuerdos marco con proveedores múltiples, adjudicados tras una competencia celebrada de conformidad con el FAR o el régimen federal general de contratación pública. Las ofertas se evalúan en función del precio, la calidad y las cualificaciones de los concursantes cuando se adjudica el acuerdo marco, pero el régimen legislativo intenta elevar al máximo la competencia en la adjudicación de los contratos individuales (conocidos con el nombre de pedidos de suministro) que se adjudican en virtud del contrato con fecha de entrega indefinida o de suministro cuantitativo indefinido[91].

3. Segunda etapa del proceso de adjudicación

a) Observaciones generales

21. En los acuerdos marco más complejos con diversos componentes o variables es frecuente que la identidad del proveedor cuya oferta tendrá el precio más bajo o será evaluada como la más baja cuando se adjudique un contrato no se conozca en el momento de la concertación del acuerdo marco. Por ejemplo, cuando este acuerdo abarca más de un producto (como en el caso de una gama de equipo informático), no todos los proveedores pueden ofrecer todos los productos, y el mejor precio para

[91] 41 U.S.C. § 253h; FAR 16.504(c), 48 C.F.R. § 16.504(c); WinStar Communications, Inc. c. los Estados Unidos, 41 Fed. Cl. 748, 750-51 (1998).

cada producto puede corresponder a proveedores diferentes. Además, en el caso de los servicios de última hora, como los servicios de viaje, la rapidez de la entrega puede ser vital. Por motivos prácticos, puede ser conveniente también permitir a los proveedores revisar sus precios y otras condiciones de sus ofertas, y a la entidad adjudicadora modificar la especificación para proporcionar detalles que no se conocían en el momento en que se firmó el acuerdo marco (por ejemplo, el plazo para la terminación de un proyecto de consultoría), o para tener en cuenta requisitos cambiantes. En estos casos, se llevará a cabo una revisión de los componentes de la oferta o un segundo proceso competitivo para determinar el mejor proveedor cuando sea el momento de adjudicar un contrato.

b) Adjudicación de contratos sin competencia en la segunda etapa

22. En el párrafo 4 del artículo 32 de la Directiva 2004/18/CE de la Unión Europea se prevén dos procedimientos alternativos para la adjudicación de contratos basados en acuerdos marco celebrados con proveedores múltiples. Según el primer procedimiento, la adjudicación se efectuará "mediante la aplicación de los términos establecidos en el acuerdo marco, sin convocar a las partes a una nueva licitación[92]". (El segundo procedimiento comprende un concurso competitivo en la segunda etapa y se examina en la sección siguiente.) Al igual que en el caso de los acuerdos con un único proveedor examinados más arriba, la entidad adjudicadora puede permitir al proveedor complementar su oferta por escrito.

23. En los Estados Unidos, en virtud de los contratos MAS, los proveedores se seleccionan entre los que se han admitido al acuerdo marco aplicando ya sea criterios competitivos (que se examinan en los párrafos 29 y 30 del presente documento) o uno de los dos principales criterios no competitivos para las adquisiciones inferiores a determinados umbrales[93]:

a) Para las adquisiciones muy pequeñas - inferiores a 2.500 dólares de los EE.UU. - pueden hacerse pedidos de "microcompras" a cualquier vendedor admitido en el acuerdo marco[94]. Aunque las normas exigen que los organismos se recurran a los vendedores del contrato MAS cuando efectúan compras inferiores a 2.500 dólares, en principio los organismos adquirentes pueden utilizar cualquier proveedor, esté o no admitido en los acuerdos marco, ya que estas "microcompras" están por lo general exentas de casi todos los requisitos reglamentarios[95].

b) Para los pedidos superiores al umbral de las "microcompras" arriba señalado, las entidades adjudicadoras pueden escoger al proveedor del acuerdo marco que ofrece el mejor valor, según un conjunto muy amplio de criterios de

---

[92] Algunos observadores han comentado que si el proveedor que ha hecho la mejor oferta de conformidad con los criterios de adjudicación no puede o no quiere ejecutar el contrato, es probable que la entidad adjudicadora pueda seleccionar entonces la siguiente mejor oferta, pero el texto de las Directivas no contiene ninguna disposición al respecto.

[93] Las técnicas de adquisición pueden variar ampliamente entre diferentes contratos con fecha de entrega indefinida o de suministro cuantitativo indefinido; aquí, el examen se centra en los procedimientos de los contratos MAS de la Administración de Servicios Generales, que están más normalizados.

[94] FAR 8.404 b) 1).

[95] FAR, sección 13.2.

evaluación[96]. Para las compras de los contratos MAS, en general las entidades deben examinar los precios de por lo menos tres proveedores del acuerdo - escogidos por la entidad adjudicadora - o bien pueden examinar el catálogo electrónico de la Administración de Servicios Generales (véase además el párrafo 34 más adelante).

24. Otros sistemas de selección de los proveedores sin competencia en la segunda etapa son la rotación de los proveedores y otros mecanismos no especificados. Otro aun es el sistema en cadena, que existe por ejemplo en el Brasil, en que los contratos deben adjudicarse al proveedor ganador inicial a menos que este no pueda satisfacer la necesidad[97]. Los mecanismos de selección pueden entrañar riesgos para la competencia y la transparencia, particularmente si no es obligatorio determinar el método de selección de la segunda etapa en el pliego de condiciones.

c) Adjudicación de contratos con competencia en la segunda etapa - sistemas que no permiten la revisión continua de las ofertas y la modificación de las especificaciones

25. La Directiva 2004/18/CE de la Unión Europea, en el párrafo 4 de su artículo 32, prevé la competencia en la segunda etapa "cuando no todos los términos estén establecidos en el acuerdo marco[98]". Se ha observado que es posible que esos términos puedan incluso comprender el precio: en virtud de la Directiva 2004/18/CE de la UE, el precio no debe establecerse necesariamente en el acuerdo marco mismo[99].

26. Las partes admitidas en el acuerdo marco son invitadas a competir por el contrato en cuestión "tomando como base [los términos establecidos en el acuerdo marco,] precisándolos, si fuera necesario, y, si ha lugar, otros indicados en el pliego de condiciones del acuerdo marco[100]". Aunque se invitará por escrito a participar a todos los proveedores del acuerdo marco "que sean capaces de realizar el objeto del contrato" (artículo 32 4) a)), las entidades adjudicadoras no están obligadas a incluir a todos los que hayan sido admitidos en el acuerdo marco, por ejemplo cuando

---

[96] FAR 8.404 b).

[97] En Suecia, hasta aproximadamente 2003, la entidad adjudicadora podía recurrir al proveedor de su elección al adjudicar los contratos basados en el acuerdo marco. Después de esa fecha, la jurisprudencia estableció que los contratos individuales basados en un acuerdo marco con proveedores múltiples deben adjudicarse al proveedor que ocupe el primer lugar, y solo pueden adjudicarse al siguiente proveedor si el primero no está en condiciones de cumplir. Esta jurisprudencia es controvertida y no siempre se aplica.

[98] Algunos observadores han comentando que esta disposición debería interpretarse en el sentido de que debe celebrarse un concurso competitivo en la segunda etapa solo cuando no sea posible aplicar simplemente los términos del acuerdo marco.

[99] Aunque el párrafo 5 del artículo 1 de la Directiva podría implicar que el precio ha de fijarse en el acuerdo marco, ya que dispone que "[u]n "acuerdo marco" es un acuerdo entre uno o varios poderes adjudicadores y uno o varios operadores económicos, cuyo objeto consiste en establecer las condiciones que rijan los contratos que se vayan a adjudicar durante un período determinado, en particular las relativas a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas", el precio no tiene necesariamente que establecerse como una cantidad fija, sino que puede fijarse por referencia a un índice de precios u otro parámetro.

[100] En estos casos las entidades adjudicadoras en esos casos "fijarán un plazo suficiente para presentar las ofertas relativas a cada contrato específico teniendo en cuenta factores como la complejidad del objeto del contrato y el tiempo necesario para el envío de la oferta" (artículo 32, párrafo 4, apartado b).

determinados proveedores no puedan suministrar los productos precisos de que se trate o no puedan hacerlo en el plazo previsto. (Los proveedores también deberán presentar sus ofertas de respuesta por escrito, a menos que la entidad adjudicadora decida celebrar una segunda etapa competitiva mediante una subasta electrónica inversa, según se prevé en el párrafo 4 del artículo 54).

27. Sea cual sea el método que se aplique para la segunda etapa del proceso de adjudicación previsto en la Directiva, los términos básicos del acuerdo marco no pueden renegociarse, ni pueden modificarse de manera sustantiva las especificaciones utilizadas al establecer el acuerdo. Lo que sí se puede hacer es complementar o precisar más los términos básicos o las especificaciones para que correspondan a un contrato particular[101]. Es importante destacar que las entidades adjudicadoras deberán adjudicar "cada contrato al licitador que haya presentado la mejor oferta, basándose en los criterios de adjudicación detallados en el pliego de condiciones del acuerdo marco" (sin cursivas en el original), y no en el pliego de condiciones revisado (artículo 32 4) d)). La forma en que han de aplicarse los criterios de adjudicación a las especificaciones más detalladas no se indica[102].

28. En Francia, los acuerdos con proveedores múltiples y con competencia en la segunda etapa se han utilizado cuando ha sido necesario debido a la inestabilidad de los precios de los productos o a la rápida obsolescencia de éstos, y en determinados

---

[101] Entre los ejemplos dados por la Oficina de Comercio Gubernamental figuran plazos de entrega particulares; arreglos de facturación y perfiles de pago especiales; necesidades de seguridad adicionales; cargas incidentales; servicios conexos particulares, por ejemplo, instalación, mantenimiento y capacitación; determinadas combinaciones de sistemas de calidad y tarifas; determinadas combinaciones de tarifas y calidad; los casos en que los términos comprendan un mecanismo de precios; términos especiales individuales (por ejemplo, específicos para ciertos productos o servicios que se suministrarán para satisfacer una necesidad particular en virtud del acuerdo marco) (véase la nota informativa de la Oficina de Comercio Gubernamental de febrero de 2003, disponible en www.ogc.gov.uk/embedded_object.asp?docid=1000330).

[102] Sin embargo, en un documento del Gobierno del Reino Unido se observa que "la CE ha hecho una interpretación en el sentido de que la adjudicación de cada contrato (dentro del acuerdo marco) solo puede efectuarse sobre la base de los términos y condiciones (incluido el mecanismo de fijación de precios) establecidos en el acuerdo marco mismo. No puede realizarse ninguna negociación del precio o del mecanismo de fijación de precios ya establecidos en el acuerdo marco en el momento de adjudicar el contrato (con inclusión de los arreglos S-CAT, G-CAT y otros arreglos marco de que dispongan los departamentos y organismos del Gobierno). Cuando en los arreglos o contratos marco hay diversos proveedores y se desea organizar una minilicitación entre dos o más de ellos, esa minilicitación no debe, pues, entrañar negociación alguna sobre los precios o el mecanismo de fijación de precios ya establecidos en el arreglo o contrato marco. Los criterios de adjudicación de esas minilicitaciones deberían ser una combinación de i) la calidad/metodología y ii) los recursos/costos. Durante la minilicitación los proveedores tendrán la oportunidad de declarar el tipo de recursos que van a utilizar y el precio por día o fijo que cobrarán por llevar a cabo la tarea propuesta. El precio cotizado debe relacionarse con las tarifas fijadas en el acuerdo marco, pero puede tomar en consideración cualquier mecanismo de precios (por ejemplo, descuentos) que se haya establecido en el acuerdo. No está permitida la negociación sobre los precios al margen de estos parámetros, ni siquiera si la ofrecen los proveedores". Véase, además www.dti.gov.uk/about/procurement/procue8-8.htm. Por otra parte, en Suecia, por ejemplo, la segunda ronda de licitación, o el uso de minilicitaciones, no han sido autorizadas por la Ley de Contratación Pública (SFS 1992:1528) en su forma enmendada, disponible en www.nou.se/pdf/louenglish.pdf.

casos de urgencia o que entrañaban investigaciones[103]. En general, estos acuerdos marco han funcionado de conformidad con las normas habituales del Código de Contratación Pública (y las Directivas de la UE entonces vigentes). Las entidades podían limitar el número de proveedores seleccionados en la primera etapa. Para los contratos individuales que superaban los umbrales pertinentes de la UE (aplicando las normas de agregación, o los arreglos destinados generalmente solo a compras ocasionales o de muy bajo valor), las entidades adjudicadoras podían hacer una selección entre los proveedores sin competencia en la segunda etapa. No está claro si esas disposiciones se mantendrán cuando Francia aplique las nuevas Directivas de la UE.

29. En los Estados Unidos, cuando los organismos del Departamento de Defensa estadounidense contratan servicios por un valor superior a 100.000 dólares en virtud de contratos con fecha de entrega indefinida o de suministro cuantitativo indefinido, deben aplicar normas de competencia más amplias. Para los contratos MAS de la Administración de Servicios Generales, por ejemplo, las entidades adjudicadoras deben reunir por lo menos tres cotizaciones antes de seleccionar un vendedor; examinar simplemente las listas de precios de tres competidores no es suficiente[104].

30. La entidad adjudicadora de los Estados Unidos puede también celebrar una "minilicitación" entre los participantes en el contrato marco (tanto para contratos MAS como para otros contratos con fecha de entrega indefinida o de suministro cuantitativo indefinido); en esos casos, debe darse a los proveedores admitidos en el acuerdo marco una oportunidad justa de competir[105]. Otra posibilidad es que el organismo adquirente simplemente pida descuentos mayores u otras condiciones de favor al vendedor probable. Para los pedidos superiores a cierto nivel (que varía según el contrato), las entidades adjudicadoras deben pedir por lo general ofertas y descuentos mayores también a otros proveedores. Las entidades adjudicadoras deben luego negociar con el proveedor que ofrezca el mejor valor en la "minilicitación[106]". No hay un equivalente de la prohibición de la Unión Europea de introducir cambios importantes en los términos o condiciones o en las especificaciones de la licitación inicial, de modo que el sistema se aproxima también al que se describe en la sección siguiente.

d) Adjudicación de contratos con competencia en la segunda etapa - sistemas que permiten la revisión continua de las ofertas y la modificación de las especificaciones

31. En estos acuerdos marco, que esencialmente son una mejora del tipo descrito en la sección precedente, los proveedores pueden revisar sus ofertas en cualquier momento (sin una nueva etapa de licitación) y la entidad adjudicadora escoge la mejor oferta existente en el momento en que se deba adjudicar un contrato particular,

---

[103] En virtud del Código de Contratación Pública vigente.

[104] 67 Fed. Reg. 65.505 (25 de octubre de 2002) (norma definitiva de aplicación de los requisitos de competencia adicional impuestos en la sección 803 de la Ley de Autorización de la Defensa Nacional del ejercicio fiscal 2002 (Ley Pública núm. 107-107).

[105] FAR 16.505 b) (requisito de la "oportunidad justa" para los contratos con fecha de entrega indefinida o de suministro cuantitativo indefinido); Inc., Comp. Gen. núms. B-286,931, B-286931.2, 2001 CPD 50 (2001) (si la competencia en el marco del contrato MAS se estructura como una contratación negociada, debe darse a cada ofertante una oportunidad justa).

[106] FAR 8.404.

posiblemente precisando más las especificaciones[107]. Algunos observadores han señalado las ventajas de estos sistemas, entre ellas la de que los costos de convocar una nueva licitación en esas circunstancias pueden ser desproporcionados y, por lo tanto, el uso de acuerdos marco puede considerarse rentable. Es frecuente también que este tipo de sistemas sea abierto, de modo que pueden admitirse nuevos proveedores en el acuerdo marco en cualquier momento, como ocurre en el régimen de los contratos MAS en los Estados Unidos.

32. Este tipo de sistema puede asumir la forma de un catálogo electrónico, o de un sistema de adquisición electrónica, en que las entidades adjudicadoras pueden buscar los precios actuales de los proveedores. Estos sistemas permiten modificar regularmente los precios, y su uso creciente (que ayuda también a reducir los costos de transacción asociados con el cambio de los proveedores) ha impulsado el uso de los acuerdos marco en general. Así pues, los catálogos electrónicos permiten a las entidades adjudicadoras seleccionar bienes y servicios con rapidez, sin renunciar a la competencia[108].

33. Estos sistemas pueden ser útiles también en la contratación pública de productos básicos, para los cuales el precio se determina según el nivel de la demanda, como en el caso de la electricidad, o para productos de la tecnología de la información, que cambian constantemente y experimentan mejoras frecuentes. En estas circunstancias, la mejor relación precio-calidad puede obtenerse evaluando los precios de diferentes proveedores a intervalos regulares, sin incurrir en los costos de una verdadera licitación para cada contrato. De la misma manera, estos sistemas pueden ser útiles para los contratos urgentes, como método preferente de negociación competitiva o contratación con un solo proveedor que puede garantizar la seguridad del suministro (por ejemplo, previendo proveedores "de reserva" para necesidades urgentes).

34. En los Estados Unidos existe un catálogo electrónico en línea conocido como "GSA advantage", que se emplea también para algunos contratos MAS[109]. Los proveedores son admitidos en el sistema sobre la base de especificaciones genéricas en cualquier momento, después de lo cual las entidades adjudicadoras pueden comparar las características, los precios y las opciones de entrega de los artículos que desean contratar, configurar los productos y añadir accesorios. Los proveedores están obligados también a colocar sus listas de precios y sus descuentos sobre esos precios para las compras de la GSA en el sistema, y pueden bajar sus precios de contrato en cualquier momento.

---

[107] En Suecia, por ejemplo, una entidad adjudicadora puede aceptar la oferta de un proveedor de bajar los precios previamente establecidos, pero no puede pedir o exigir que los precios se revisen durante el período de vigencia del acuerdo marco.

[108] Véase Oficina de Gestión y Presupuesto de los Estados Unidos, Oficina de la Política Federal de Adquisiciones, "*Best Practices or Multiple Task and Delivery Contracting 7*", (Washington, D.C., julio de 1997, disponible en www.acqnet.gov/Library/OFPP?/Best practices/BestPMAT.html).

[109] Véase el catálogo en www.gsaadvantage.gov.

35. En la Directiva 2004/18/CE de la Unión Europea se prevé también lo que se denomina "sistema dinámico de adquisición[110]", que funciona de manera electrónica y se aplica para compras de uso corriente, cuyas características generalmente disponibles en el mercado satisfacen las necesidades del poder adjudicador[111]. Estos sistemas difieren de los acuerdos marco clásicos previstos en las Directivas por cuanto permiten la existencia de un sistema continuo (de una duración de cuatro años en circunstancias normales), abierto a todos los proveedores cualificados y al que pueden sumarse nuevos proveedores (lo que significa que no es vinculante entre la entidad adjudicadora y los proveedores iniciales). Las normas establecen que las ofertas pueden modificarse en cualquier momento, y que debe haber una segunda etapa competitiva para cada contrato específico. Además, a diferencia de los acuerdos marco, antes de convocar a una licitación, la entidad adjudicadora debe publicar un anuncio de contrato simplificado en el que invita a todos los proveedores interesados a presentar una oferta indicativa, y la entidad adjudicadora no puede proceder a la licitación mientras no haya terminado la evaluación de todas las ofertas indicativas que reciba dentro del plazo fijado. Solo entonces puede la entidad adjudicadora invitar a todos los ofertantes admitidos en el sistema a presentar una oferta. El sistema dinámico de adquisición es una novedad reciente, y se encuentra en fase de aplicación, de modo que su funcionamiento en la práctica aún no se ha puesto a prueba. Sin embargo, las observaciones iniciales indican que las ventajas de la transparencia de los requisitos de procedimiento para la segunda etapa del proceso de adjudicación podrían desincentivar su utilización[112].

4. Cuestiones que se plantean en el funcionamiento de los acuerdos marco con proveedores múltiples

36. En lo referente a los acuerdos marco sin competencia en la segunda etapa, los observadores han comentado que, si bien estos tipos de acuerdos son eficientes, pues entrañan la aplicación de los términos del acuerdo marco en la segunda etapa sin convocar a una nueva licitación (o sin otra formalidad, como el anuncio público de muchos regímenes), hay riesgos para la competencia. Concretamente, la competencia y el número de proveedores se limitan artificialmente y existe el peligro de que los precios se mantengan artificialmente altos y rígidos, además de los riesgos para la transparencia ya señalados[113].

---

[110] Véanse el párrafo 6 del artículo 1 (Definiciones) y el artículo 33 de la Directiva 2004/18/CE. Hay disposiciones análogas también en la Directiva 2004/17/CE, en el párrafo 5 del artículo 1 (Definiciones) y el artículo 15.

[111] Como en el caso de los acuerdos marco, su uso no está limitado a determinados bienes o servicios.

[112] Algunos comentaristas han sugerido que los requisitos de anuncio público y de una fase de "minilicitación" puedan actuar como desincentivo para el empleo de este sistema. El carácter novedoso de esta modalidad es tal que aún no existen pruebas que puedan confirmar o desmentir esa opinión.

[113] En el Canadá se observó que una comparación de los precios de los acuerdos permanentes del mismo equipo o de un equipo muy parecido, ofrecido por otros proveedores indicaba que los precios de los acuerdos permanentes a menudo no eran los más económicos y que en la mayoría de los casos podían haberse conseguido grandes ahorros si las compras se hubieran hecho a proveedores distintos de los de los acuerdos permanentes (Gobierno de la Columbia Británica

37. En cuanto a los acuerdos marco con competencia en la segunda etapa, las normas no estipulan la manera de garantizar la competencia en la segunda etapa de la adjudicación, ni en las Directivas de la Unión Europea ni en el sistema estadounidense. Las Directivas de la Unión Europea no estipulan detalladamente los procedimientos para la adjudicación de los contratos individuales, aunque existe una obligación general de que las entidades adjudicadoras traten a los proveedores por igual y sin discriminación[114]. En los Estados Unidos, los reglamentos establecen simplemente que los proveedores de la segunda etapa deben gozar de una "oportunidad justa" de competir[115].

38. En las Directivas de la Unión Europea no se especifica un plazo mínimo para pedir ofertas de los proveedores admitidos en el acuerdo marco. El texto establece que ese plazo debe ser "suficiente para presentar las ofertas relativas a cada contrato específico teniendo en cuenta factores como la complejidad del objeto del contrato y el tiempo necesario para el envío de la oferta" (artículo 32.4 b)).

39. En Armenia, por ejemplo, los reglamentos regulan los aspectos de procedimiento de la segunda etapa: el período de duración de cada etapa se fija como un número de días en el que la entidad adjudicadora hace el pedido por vía electrónica o mediante el sistema tradicional de comunicación, y el proveedor responde con una confirmación del pedido, que a continuación se efectúa[116].

40. Asimismo, la determinación de la oferta de menor precio o evaluada como la más baja puede ser un proceso complejo. Según las Directivas de la Unión Europea, hay flexibilidad para que la adjudicación se haga "basándose en los criterios de adjudicación detallados en el pliego de condiciones del acuerdo marco". En la orientación de la Unión Europea sobre la interpretación de esta disposición se señala que los criterios de adjudicación no tienen que ser los mismos que los utilizados para la concertación del propio acuerdo marco[117].

41. Por consiguiente, algunos observadores han comentado que las ventajas teóricas de la competencia en la segunda etapa no siempre se dan en la práctica y, que de hecho, esa competencia puede ser inadecuada. Por ejemplo, una auditoría realizada en los Estados Unidos en 1999 reveló que el 53% de los pedidos de compra se adjudicaban sin competencia y que solo en el 12% de esos casos se

---

(Canadá), Ministerio de Finanzas, Oficina del Contralor General, Core Policy And Procedures Manual, disponible en www.fin.gov.bc.ca/ocg/fmb/manuals/CPM/06_Procurement.htm#1).

[114] Sin embargo, la adjudicación de contratos públicos está sujeta normalmente a las obligaciones generales que se derivan de los tratados y al artículo 2 de la Directiva, que estipula respecto de los principios de adjudicación de contratos, que los poderes adjudicadores darán a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y obrarán con transparencia. El método "en cadena" de selección de proveedores según su clasificación y disponibilidad, sería compatible con esas obligaciones.

[115] FAR 16.505 b) 1). Véase, además el párrafo 30.

[116] Procedimiento para el funcionamiento del organismo de adquisición estatal (decreto de aplicación de la Ley de Contratación Pública de Armenia, aprobada en junio de 2000).

[117] Artículo 32.4 d) de la Directiva 2004/18/CE, según se explica en la Política de contratación pública de la Dirección General de Mercado Interior y Servicios de la Comisión Europea, CC/2005/03_rev 1 de 14 de julio de 2005.

justificaba la ausencia de competencia[118]. Otro informe puso de manifiesto que los esfuerzos por ofrecer una oportunidad justa de competir en la segunda fase del proceso de adjudicación, como exige el sistema, variaban considerablemente entre seis organizaciones examinadas (con las adjudicaciones a un solo proveedor en casi dos terceras partes de los casos por volumen y una quinta parte de los casos por valor en una de ellas, y el nombramiento de un proveedor recomendado o propuesto en las otras, de modo que solo ese proveedor presentaba una oferta). Algunos observadores han aducido diversas razones que justificarían esas adjudicaciones no competitivas en la segunda etapa, entre ellas la continuidad del proveedor (con adjudicaciones iniciales de bajo valor seguidas de otras de mayor valor), consideraciones de tipo práctico como los plazos y la falta de notificación suficiente que favorece a los contratistas titulares, la colusión, las especificaciones técnicas sesgadas o inadecuadas y la evaluación inadecuada de los precios ofrecidos[119].

42. Además, cuando en la segunda etapa del proceso de adjudicación participan pocos proveedores, existe el riesgo de colusión, que se ha observado cuando los proveedores "se turnan" para competir o no competir.

43. Algunos observadores también han comentado que la posibilidad de modificar las especificaciones aumenta el riesgo de irregularidades. Han citado asimismo casos de adquisiciones efectuadas al margen de los acuerdos marco al cambiar las especificaciones, y han señalado también que el hecho de precisar más los términos generales de la especificación podría entrañar una modificación sustantiva de los términos iniciales. En cualquiera de los casos, el Grupo de Trabajo tal vez considere que deba procederse a una nueva contratación plenamente competitiva, pero en los sistemas actuales que permiten modificar las especificaciones no hay disposición alguna que establezca las circunstancias en que sea necesario efectuar una nueva contratación. El hecho de que la adjudicación en la segunda etapa esté exenta de los requisitos de anuncio público y de un mecanismo de recurso se considera a menudo un factor que empeora la situación.

D. Acuerdos marco administrados por organismos de compra centralizada

44. Algunos comentaristas han observado que los acuerdos marco también permiten que una entidad adjudicadora central o un órgano de compra exterior inicie un proceso de adjudicación en nombre de varias entidades o para ellas. Esa compra agregada puede dar lugar a descuentos por compra a granel, mejorando la relación precio-calidad conforme a los objetivos de la Ley Modelo, y ofreciendo libertad de elección a los usuarios finales cuando se conciertan contratos con varios proveedores por diferentes productos.

---

[118] Una auditoría posterior efectuada en 2001 reveló que las adjudicaciones no competitivas habían aumentado al 72%.

[119] Oficina de Contaduría General de los Estados Unidos, Contract Management: Not Following Procedures Undermines Best Pricing Under GSA's Schedule" Report núm. GAO-01-125 (28 de noviembre de 2000); Benjamin, "Multiple Award Task and Delivery Order Contracts: Expanding Protest Grounds and Other Heresies," 31 Pub. Cont. L. J. 429 (2002).

45. Sin embargo, algunos comentaristas han expresado preocupaciones en relación con esos arreglos, un órgano externo puede tener interés en mantener altos sus honorarios manteniendo altos los precios, mediante excesivas especificaciones, efectuando compras por el valor de toda la asignación presupuestaria sin una evaluación estricta de las necesidades, y cursando pedidos que van más allá de las necesidades en general o favoreciendo a determinados proveedores y a fin de complacer a los usuarios finales. Se ha observado asimismo que la separación entre el usuario final y la entidad adjudicadora aumenta tales riesgos, ya que por lo general es insuficiente la supervisión de la evaluación de las necesidades y la aplicación de procedimientos flexibles.

46. Un órgano de compra central o exterior puede dar cabida a organismos clientes reduciendo la competencia, lo cual, a su vez, significa utilizar técnicas competitivas, o requisitos técnicos, o requisitos de precalificación[120], que favorecen a una empresa específica y que restringen injustificadamente la competencia, y puede dar lugar a que los proveedores obtengan monopolios reales[121].

VI. Regulación de los acuerdos marco en la Ley Modelo

47. Si el Grupo de Trabajo considera que los posibles beneficios de los acuerdos marco son tales que debe incluirse alguna disposición en la Ley Modelo que prevea su utilización, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar el tipo de sistema o de sistemas y el alcance de la reglamentación que sería apropiado.

48. En resumen, cuanto mayor sea el número y la importancia de los criterios cualitativos en la selección de los proveedores y en la evaluación de las licitaciones u ofertas, tanto mayor será el grado de competencia profesional requerido para interpretar y resolver las especificaciones técnicas y el mandato, y mayor será la complejidad de la adjudicación y el riesgo de abuso en el procedimiento. Se ha observado que, en la medida en que los acuerdos marco no fijan necesariamente precios u otros términos y condiciones importantes en la primera etapa del proceso de adjudicación, la segunda etapa puede ser compleja y no transparente y prestarse a abusos, por lo que el Grupo de Trabajo tal vez considere adecuado impartir una orientación detallada sobre el funcionamiento de esos acuerdos marco.

49. Sin embargo, se ha observado que las ventajas en cuanto a tiempo y costo de los acuerdos marco pueden perderse si la reglamentación misma es excesiva (por ejemplo, cuando la primera etapa de la adjudicación se efectúa mediante licitación y la segunda también entraña un nuevo anuncio público, tiempos de respuesta prolongados y la competencia plena).

---

[120] Véase el artículo VIII del Acuerdo sobre Contratación Pública (límites a los requisitos de precalificación restrictivos).

[121] Cabe señalar que en determinados sistemas, como el de la Unión Europea a tenor de la Directiva 2004/18/CE, no se permiten contratos entre entidades que no sean las partes en el acuerdo marco inicial (artículo 32.2), y, por lo tanto, no es posible la compra centralizada *ad hoc*. Sin embargo, en los Estados Unidos, por ejemplo, muchos organismos públicos permiten a otras organizaciones hacer pedidos en sus contratos de adjudicación múltiple.

50. Por lo tanto, el Grupo de Trabajo tal vez considere que sea necesario incorporar en la Ley Modelo una disposición que estipule las condiciones de utilización de los acuerdos marco, los métodos de procedimiento de la primera etapa, los procedimientos y eventual margen de discreción para la selección de los proveedores en la segunda etapa, los requisitos de anuncio público y publicidad y los mecanismos de recurso, pero estime que los procedimientos detallados para garantizar la transparencia y la supervisión eficaces deberían consignarse en otros textos.

A. Tipos de acuerdo marco que podrían preverse en la Ley Modelo

51. El Grupo de Trabajo tal vez considere que algunos de los tipos de procedimiento de acuerdo marco que a continuación se enumeran, o todos ellos, podrían incluirse en la Ley Modelo:

a) Los acuerdos con un único proveedor, según los cuales todos los términos y condiciones se especifican en la primera etapa (la competencia se produce íntegramente en la primera etapa, y los acuerdos funcionan de hecho como un contrato dividido en lotes). El Grupo de Trabajo tal vez considere que esos acuerdos pueden concertarse con arreglo a la actual Ley Modelo, como un contrato dividido en partes (como se estipula en el artículo 27 h) de la Ley Modelo), si bien las partes se adjudican en diferentes momentos. Sin embargo, podría ser útil una disposición específica que aclarara cualquier ambigüedad relativa al uso de cantidades estimadas, en lugar de precisas, de los artículos que se van a adjudicar;

b) Los acuerdos con proveedores múltiples, en los cuales todos los términos y condiciones se especifican en la primera etapa (la competencia se produce íntegramente en la primera etapa). (Si bien estos acuerdos pueden parecer posibles según la actual Ley Modelo, como contratos divididos en partes, el Grupo de Trabajo tal vez considere que el requisito de seleccionar "la oferta ganadora" o su equivalente con arreglo a otros métodos de contratación pública significa que la Ley Modelo no permite un acuerdo con proveedores múltiples.) Los términos del acuerdo marco se aplicarían entonces en la segunda etapa. Una manera de hacer la adjudicación en la segunda etapa sería disponer que los contratos individuales se ofrezcan al proveedor mejor clasificado, y a los otros proveedores posteriormente solo si el mejor clasificado no puede llevarlos a efecto, o el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar otras modalidades, como las descritas en el párrafo 24 del presente documento; y

c) Acuerdos con proveedores múltiples, en los cuales no todas las condiciones se especifican en la primera etapa, y los precios y otros términos y condiciones pueden variar en cierta medida en la segunda etapa, que es competitiva. El Grupo de Trabajo tal vez considere que tales arreglos no son posibles según el proceso de licitación de la Ley Modelo, que prevé solamente una ronda de ofertas (serían posibles en el marco del método principal para la contratación pública de servicios, de conformidad con el artículo 43 o el artículo 44, aunque tales disposiciones evidentemente no se formularon teniendo presentes los acuerdos marco). Tampoco son posibles si la entidad adjudicadora no puede fijar las especificaciones exactas desde el comienzo y desea obtener propuestas técnicas de los proveedores para cada tarea que se vaya a adjudicar (ya que la Ley Modelo no

prevé la modificación sobre la marcha de las ofertas o propuestas). (Una variante de este tipo de acuerdo sería un sistema dinámico que utilizara un mecanismo rentable y transparente de tipo electrónico o análogo, que podría emplearse para algunos productos, como los mencionados en el artículo 1 6) de la Directiva 2004/18/CE de la Unión Europea ("para compras de uso corriente, cuyas características generalmente disponibles en el mercado satisfacen las necesidades del poder adjudicador"), pero que tal vez sea menos idóneo cuando la seguridad del suministro sea una consideración importante. El Grupo de Trabajo podría considerar también que este tipo de sistema debería ser "abierto", de manera que puedan admitirse nuevos proveedores.)

52. Las cuestiones que plantean los mencionados tipos de acuerdo que el Grupo de Trabajo podría considerar deberían incluirse en el texto de la Ley Modelo, el reglamento modelo o la Guía para su incorporación eventual al derecho interno, como se expone en las secciones siguientes, junto con las posibles soluciones reglamentarias y los inconvenientes que esas posibles soluciones puedan traer aparejados.

B. Condiciones generales para el uso

53. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar:

a) Si deben permitirse los acuerdos marco en todo tipo de contratación pública, o si debería fijarse un umbral mínimo sobre la base del valor agregado estimado, a fin de asegurar la rentabilidad, o si los acuerdos marco deben permitirse solo para las compras reiteradas, que se efectuarán mediante contratos individuales durante un período de tiempo. El Grupo de Trabajo también podría considerar que las compras reiteradas y muy pequeñas y las compras urgentes pueden efectuarse eficientemente mediante acuerdos marco;

b) Si los tipos de artículo que pueden contratarse en un acuerdo marco debería restringirse, de manera que, por ejemplo, queden excluidos determinados servicios y obras cuyas especificaciones tal vez no sean perdurables. Por ejemplo, el Grupo de Trabajo tal vez considere que la contratación pública de "servicios intelectuales" y de obras complejas se preste menos a un acuerdo marco que los servicios cuantificables, como los contratos de conserjería y mantenimiento.

c) De qué manera deberían agregarse los contratos del acuerdo marco para garantizar que estén regulados;

d) Si debe limitarse la duración de los acuerdos marco;

e) De qué manera tratar los requisitos de anuncio público y publicidad, particularmente en lo que se refiere a la segunda etapa del proceso de adjudicación. Por ejemplo, podría exigirse la publicación de la cantidad de pedidos hechos periódicamente a cada proveedor. Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si una entidad adjudicadora debería estar obligada a notificar a los otros posibles proveedores de los pedidos que vaya a hacer y a dar publicidad a las enmiendas que introduzcan en las especificaciones durante el período de vigencia de un acuerdo marco;

f) Si las dos etapas de la contratación pública deberían estar sujetas a un mecanismo de recurso (aunque solo fuera *ex post facto*);

g) Si los acuerdos marco debían permitirse solo cuando las especificaciones estén formuladas con precisión desde el comienzo, y la medida en que estas puedan modificarse. Una cuestión subsidiaria que se plantea entonces es hasta qué punto una enmienda a las especificaciones exigiría una nueva contratación pública, y si podrían preverse especificaciones genéricas, con una orientación sobre la medida en que serían posibles las enmiendas o precisiones;

h) Si deberían tratarse de alguna forma ciertos aspectos del contrato público (el establecimiento de cantidades o cuantías máximas o mínimas, la necesidad o no de un acuerdo en términos idénticos con todos los proveedores)[122].

C. Primera etapa del proceso de adjudicación

54. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar lo siguiente:

a) Si debería exigirse un proceso de licitación en la primera etapa de la adjudicación para todos los acuerdos marco, o si deberían permitirse otros métodos de contratación pública (podrían utilizarse la licitación en dos etapas, la solicitud de cotizaciones y la negociación competitiva, por ejemplo si la entidad adjudicadora no puede formular las especificaciones con el grado de precisión o finalidad requerido para el proceso de licitación, o para la contratación pública urgente). El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si las ventajas de competitividad y de transparencia de un sistema dinámico que queda "abierto" a nuevos proveedores podrían ser adecuadas para esos tipos de contratación pública, pero si ese sistema sería incompatible con los otros métodos de contratación pública previstos en la actual Ley Modelo;

b) Si podría limitarse el número de proveedores admitidos en el acuerdo marco de la primera etapa. Si se imponen limitaciones, puede ser necesaria una disposición que establezca cómo efectuar la clasificación y si los criterios deben hacerse públicos; y

c) Que, incluso si un acuerdo marco no es un contrato vinculante, el procedimiento a la primera etapa de la adjudicación debería regirse por los requisitos de procedimiento normales, incluidas la publicidad y las vías de recurso.

---

[122] El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar a este respecto que la Ley Modelo actualmente no establece los términos del contrato público mismo.

D. Segunda etapa del proceso de adjudicación

1. Acuerdos marco con un único proveedor y con proveedores múltiples sin competencia en la segunda etapa

55. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar las posibles maneras, que se indican a continuación, de asegurar que los precios en este tipo de acuerdo marco sigan siendo los precios corrientes:

a) Limitar la duración del acuerdo marco para que periódicamente se convoque a una nueva licitación;

b) Permitir a la entidad adjudicadora efectuar compras al margen del acuerdo marco incluso de artículos idénticos a los comprendidos en dicho acuerdo. A este respecto, podría exigirse a las entidades adjudicadoras que realicen un estudio de mercado y se pongan en contacto con los proveedores para permitirles reducir sus precios, con carácter periódico o cada vez que se hace un pedido. En las Normas del Banco Mundial, a que se hace alusión en el párrafo 44 del documento A/CN.9/WG.I/WP.44, se incluye normalmente un mecanismo de ajuste del precio en el contrato en cuestión, para asegurar que el precio se mantenga competitivo. Sin embargo, si bien las entidades adjudicadoras pueden en algunos sistemas efectuar compras individuales al margen del acuerdo marco, los datos de que se dispone indican que en muchos casos no evalúan de manera suficiente los precios y la calidad al hacer un pedido particular, ya que es más fácil aplicar simplemente el acuerdo marco existente que convocar a licitación o reabrir una licitación para el pedido de compra en cuestión;

c) Fijar precios máximos en el acuerdo marco, de manera que se puedan hacer descuentos por volumen en la segunda etapa (en Armenia, por ejemplo, el acuerdo marco con los proveedores fija un precio máximo, pero no mínimo). Las ventajas de este método serían la claridad en cuanto al precio y la transparencia en cuanto a sus elementos constitutivos - unidades, plazos y cualquier índice o fórmula que se aplique. Como alternativa, o además de ello, podría considerarse la posibilidad de que los precios de las ofertas de la primera etapa se fijen como descuentos porcentuales de los precios comerciales. Sin embargo, se ha observado que la posibilidad de licitar a la baja puede socavar la disciplina básica de la licitación y entraña el riesgo de que no se llegue al mejor precio[123].

2. Acuerdos marco con un único proveedor y con proveedores múltiples con competencia en la segunda etapa

56. La cuestión principal que se plantea es la falta de competencia significativa en la segunda etapa, ya sea porque los acuerdos marco están cerrados o, en el caso de los acuerdos abiertos, por las dificultades prácticas de garantizar que los nuevos proveedores puedan sumarse a ellos en el momento oportuno.

---

[123] El Grupo de Trabajo puede considerar que esta cuestión también se plantea en el contexto de la subasta electrónica inversa. Respecto de esta última, véanse los documentos A/CN.9/WG.I/WP.35 y Add.1, A/CN.9/WG.I/WP.36 y Corr.1, A/CN.9/WG.I/WP.40 y Add.1 y A/CN.9/WG.I/WP.43 y Add.1.

57. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar las siguientes posibilidades de mejorar la competencia en la segunda etapa:

a) Fijar procedimientos que regulen la competencia en la segunda etapa (por ejemplo, adaptar los procedimientos de negociación competitivos o solicitud de cotizaciones, y establecer los requisitos mínimos en cuanto al número de proveedores que se convocará y a los plazos);

b) Asegurar que la segunda etapa del proceso de adjudicación se rija por procedimientos adecuados de publicidad y recurso, aunque solo sea *ex post facto*;

c) Reducir el riesgo de colusión haciendo que los proveedores queden obligados a cumplir los pedidos de compra individuales hechos de conformidad con el acuerdo marco. Sin embargo, esto podría entrañar un costo, como precios más altos y la necesidad de efectuar un pago por disponibilidad;

d) Ofrecer incentivos para mejorar los niveles de participación, por ejemplo un compromiso facultativo de adquisición mínima con arreglo al acuerdo marco, a fin de dar a los proveedores cierto grado de certeza en lo que se refiere a pedidos futuros. Los proveedores podrían también comprometerse respecto de un porcentaje del valor total previsto de los contratos solamente, como indicación de su capacidad efectiva de suministro.

58. Aunque la competencia plena en la segunda etapa puede eliminar la ventaja competitiva de un acuerdo marco, tal vez sea necesaria en el caso de los acuerdos relativos a artículos cuyos precios o especificaciones tengan probabilidades de cambiar (como los productos que evolucionan tecnológicamente). Por consiguiente, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si las enmiendas a las especificaciones, o el empleo de especificaciones genéricas que puedan complementarse, deberían permitirse solo en un sistema dinámico que posibilite la admisión de nuevos proveedores en cualquier momento, a fin de evitar los riesgos de abuso antes descritos.

59. Como otra posibilidad, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si las especificaciones deberían poderse modificar en todos los tipos de acuerdo marco en el caso de que existan una combinación de reglamentos respecto del alcance de esa posibilidad, y mecanismos estrictos de publicidad y recurso. A un nivel más general, por ejemplo, las disposiciones podrían estipular que las entidades adjudicadoras no podrán recurrir a los acuerdos marco de manera abusiva o de manera que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada[124]. En disposiciones o reglamentos más detallados podría abordarse el grado de especificación y detalle de los precios que se requiere en la primera etapa de adjudicación, y podrían limitarse las modificaciones a las especificaciones en la segunda etapa a aquéllas que sean acordes con las especificaciones iniciales (de manera que las modificaciones tengan por objeto la precisión y no la ampliación de los tipos de artículos que se contratarán).

---

[124] Esa disposición figura en la Directiva de la Unión Europea 2004/18/CE, artículo 32.2, y en las disposiciones de Malawi.

60. Además, los acuerdos marco podrían incluir componentes básicos y variables, de manera que los términos y condiciones principales puedan fijarse en la primera etapa, y algunos puedan perfeccionarse en la segunda. A este respecto, el Grupo de Trabajo podría considerar que los proveedores no deberían poder cambiar los precios u otros términos y condiciones salvo en beneficio de la entidad adjudicadora y siempre que, como en Francia, por ejemplo, sea en respuesta a una petición.

61. Otra cuestión práctica que se plantea es que, si la especificación no es suficientemente precisa y los precios son variables, puede ser difícil hacer una comparación entre los proveedores en la primera etapa de la adjudicación y, por lo tanto, seleccionar a los que deban ser admitidos en el acuerdo marco. En tales casos, como en los MAS de los Estados Unidos, por ejemplo, el resultado final puede ser un acuerdo marco más parecido a una la lista de proveedores, en cuyo caso se requeriría una nueva licitación en la segunda etapa[125].

62. Como posibles soluciones a estas cuestiones, podría permitirse la admisión de nuevos proveedores en el acuerdo marco en cualquier momento, y preverse la revisión continua de las ofertas, se hayan modificado o no las especificaciones, pero disponiendo que el plazo de entrega para la segunda etapa del proceso de adjudicación se acomode a los proveedores iniciales y no a los que se hayan incorporado posteriormente.

63. En cuanto a la admisión de proveedores en el acuerdo marco después de concluida la primera etapa de adjudicación, tal vez se necesiten disposiciones que garanticen que los proveedores iniciales no queden en modo alguno en desventaja respecto de los que se incorporaron más tarde, y que éstos se sometan a los requisitos de calificación idénticos a los que se aplicaron a los proveedores iniciales, de manera que todos los proveedores tengan igualdad de oportunidades para participar y que se evite un desincentivo a largo plazo a la participación de proveedores en el mercado.

---

[125] De hecho, tal arreglo podría constituir un requisito de precalificación obligatorio en el marco del artículo 7 de la Ley Modelo.

I. Nota de la Secretaría sobre posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: cuestiones que plantea la utilización de listas de proveedores, presentada al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su noveno período de sesiones

(A/CN.9/WG.I/WP.45 y Add.1) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1-3
II.	Antecedentes	4-49
	A. Alcance del tema	4-6
	B. Tipos de listas	7-22
	1. Por el efecto de la inscripción	8-13
	2. Por la finalidad de las listas	14-16
	3. Por las formalidades requeridas	17-18
	4. Por el grado de centralización e integración	19-22
	C. Utilización de listas de proveedores en el proceso de contratación	23-28
	1. Planificación del proceso de contratación pública	23
	2. Fundamento para la selección de proveedores	24-25
	3. Condiciones exigibles de los proveedores	26-28
	D. Problemas que plantea la utilización de listas de proveedores	29-39
	1. Prácticas excluyentes	29-32
	2. Prácticas carentes de transparencia	33-34
	3. Segmentación del mercado	35-36
	4. Dificultades que plantea la utilización de listas	37-39
	E. Amplitud de la regulación del uso de listas	40-49
	1. Regímenes nacionales e internacionales	40-46
	2. Restricciones en la utilización de listas de proveedores	47-49

I. Introducción

1. Los antecedentes de la labor en curso del Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) acerca de la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (en adelante, "la Ley Modelo") (A/49/17 y Corr.1, anexo I) se recogen en los párrafos 5 a 43 del documento A/CN.9/WG.I/WP.41, que el Grupo de Trabajo tendrá a su disposición en su noveno período de sesiones.

2. En su sexto período de sesiones (Viena, 30 de agosto a 3 de septiembre de 2004), el Grupo de Trabajo mantuvo un intercambio de opiniones preliminar acerca de cómo abordar la cuestión de las listas de proveedores en la Ley Modelo revisada o en la Guía para su incorporación al derecho interno. Se convino en que procedía reconocer la existencia de las listas de proveedores y la legitimidad de su empleo. El Grupo de Trabajo aplazó el examen minucioso del tema hasta un futuro período de sesiones (A/CN.9/568, párrs. 61 y 67). En su octavo período de sesiones (Viena, 7 a 11 de noviembre de 2005), el Grupo de Trabajo decidió examinar el tema de las listas de proveedores en su siguiente período de sesiones, si disponía de tiempo para ello (A/CN.9/590, párr. 10).

3. La presente nota y su documento de adición se han preparado para facilitar la continuación del examen del tema por el Grupo de Trabajo. En la presente nota se ha hecho una retrospectiva de la utilización de listas de proveedores, examinándose en concreto los tipos de listas, su empleo en el proceso de contratación, los problemas que plantea su utilización, la variedad de regímenes que las tratan en los ámbitos nacional e internacional y los controles que regulan su utilización. En el documento de adición se describe la forma de abordar la cuestión en la Ley Modelo, incluido el proceso de redacción de las disposiciones pertinentes, se resumen las deliberaciones que mantuvo al respecto el Grupo de Trabajo en su sexto período de sesiones, celebrado en 2004, se sopesan varias opciones de reforma que el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar para introducir en la Ley Modelo revisada o en la Guía la utilización de listas de proveedores y se hacen sugerencias de redacción sobre el tema.

II. Antecedentes

A. Alcance del tema

4. Las listas de proveedores objeto de examen son las que se compilan para facilitar la elección y consisten en listas de proveedores inscritos en más de un proceso de contratación. En soporte electrónico o en papel, se utilizan en todo el mundo para distintos fines. Gracias a las técnicas y sistemas electrónicos de contratación pública, el recurso a las listas de proveedores se ha extendido y diversificado en ese ámbito y también en otros campos, y su administración y funcionamiento se han vuelto más eficientes y menos onerosos tanto para las entidades adjudicadoras como para los proveedores.

5. Se excluyen del examen: i) varios tipos de registros profesionales y mercantiles cuya función es la matriculación de empresas que van a desarrollar su actividad mercantil en general o en un sector en particular, las listas de productos que se han habilitado por ajustarse a determinadas normas y requisitos (productos que, por ende, son considerados aptos para su adquisición por compradores públicos) y otras listas similares. Si bien se vinculan al funcionamiento de las listas de proveedores y a los procesos de contratación pública[1], esas listas no se conforman ni administran expresamente para su uso en la contratación pública; ii) los registros de contratación pública en que se consigna la actividad de las entidades públicas en esa esfera durante un determinado período. Aunque algunos de ellos contienen asientos sobre proveedores participantes, no se pretende utilizar esa información principalmente para futuros procesos de contratación; iii) las listas de precalificación y de condiciones exigibles creadas durante un determinado proceso de contratación. Los criterios de inclusión en ellas se vincularán más concretamente con el anuncio de un contrato adjudicable y las necesidades de la entidad adjudicadora que con las listas de proveedores. Además, no han de utilizarse, como sucede con estas últimas, en futuros procesos de contratación, sino solo en el proceso de contratación durante el que se compilan y para el que son expresamente preparadas; y iv) las listas empleadas en algunos procedimientos flexibles de adjudicación de contratos, como los acuerdos marco concertados con varios proveedores o los sistemas dinámicos de adquisición (véanse A/CN.9/WG.I/WP.44 y Add.1).

6. La diferencia entre las listas de proveedores y las descritas precedentemente puede ser sutil, en particular si las condiciones convenidas entre la entidad adjudicadora y un proveedor o un contratista no se definen con precisión ni obligan a ambas partes[2]. No obstante, en todos esos procedimientos flexibles de adjudicación de contratos, la entidad adjudicadora establecería al menos las especificaciones y condiciones mínimas que regirían las adquisiciones futuras de índole similar, y las partes se pondrían de acuerdo al menos acerca de las condiciones contractuales mínimas. Además, mediante esos procedimientos, la entidad adjudicadora se aproxima más a la etapa de adjudicación de un contrato que si hiciera una lista de proveedores. En la mayoría de los regímenes examinados (véanse los párrs. 40 a 46 *infra*), las listas de proveedores y esos procedimientos de

---

[1] Es posible que se pida a los proveedores constancia de inscripción en un registro mercantil o de matriculación profesional como forma de probar que reúnen las condiciones para ser incorporados a una lista de proveedores. Véase, por ejemplo, la sección 32 1), en conjunción con las secciones 36 y 37, de la Ley de contratación pública de Estonia (19 de octubre de 2000, enmendada el 19 de noviembre de 2003), y el artículo 41 2) 1, en conjunción con el artículo 92, de la Ley de contratación pública de Eslovenia (5 de mayo de 2000).

[2] Por ejemplo, en los Estados Unidos, algunos acuerdos "marco" existentes, denominados "contratos concertados con varios proveedores según un régimen especial" están pasando a ser básicamente listas de proveedores: se otorgan contratos de suministro de una gran variedad de bienes y servicios a muchos contratistas sin que medie un concurso público real en el momento de la adjudicación (todo nuevo contratista siempre puede ingresar). Al obtener ese tipo de contrato, el vendedor ganador tiene derecho solo a un pedido mínimo de compra garantizada; de hecho, hay licitaciones menores entre los que han obtenido el contrato en régimen especial cuando las asociaciones de clientes publican nuevos requisitos. Información proporcionada a la Secretaría por un consultor. Véase también Nash R.C., Schooner S.L., y O'Brien K.R. "*The Government Contracts Reference Book*", pág. 428, segunda edición, 1998. En los documentos A/CN.9/WG.I/WP.44 y Add.1 se examina más a fondo el régimen de contratación pública de los Estados Unidos y los vigentes en Australia, la India y el Canadá.

adjudicación se consideran mecanismos de contratación pública bien diferenciados, cada uno con sus propias reglas y controles. En algunos de los instrumentos examinados se prohíbe efectivamente recurrir a procedimientos de adjudicación de contratos públicos para utilizar listas de proveedores con el propósito de velar por que no se debiliten los controles expresos que regulan las listas, en particular los requisitos de publicidad y de acceso permanente a ellas por parte de los nuevos proveedores (véanse los párrs. 47 a 49 *infra*)[3].

B. Tipos de listas

7. Las listas de proveedores se diferencian entre sí por varios factores clave, ante todo porque la inscripción en ellas puede ser una de las condiciones exigibles a un proveedor para que participe en un proceso de contratación. Ese factor y la finalidad con que se usan las listas repercuten mucho, a su vez, en los aspectos formales y de procedimiento de la administración de una lista.

1. Por el efecto de la inscripción

8. Según la forma en que la inscripción a una lista determine la aptitud de un proveedor para participar en un proceso de contratación, las listas pueden ser obligatorias u optativas.

9. Una lista es obligatoria cuando es preciso inscribirse en ella para participar en el proceso de contratación a que se refiere la lista. Cuando el hecho de no estar inscrito no impide a un proveedor participar en el proceso de contratación a que se refiera la lista, se trata de una la lista optativa.

10. En algunos regímenes, si bien el hecho de no estar inscrito no determina si un proveedor puede participar en el proceso de contratación a que se refiere la lista en general, puede ocurrir que una entidad adjudicadora estipule en el pliego de condiciones la obligatoriedad de inscribirse como condición de participación en un proceso de contratación determinado[4]. La entidad adjudicadora puede exigir también la inscripción en la lista como requisito para la adjudicación de un contrato[5].

---

[3] Sin embargo, en algunos regímenes esos controles pierden nitidez al tratarse de listas de proveedores que se dan a conocer en sustitución del anuncio de cada contrato adjudicable previsto en la lista, ya que en esos casos las listas de proveedores funcionan más como acuerdos imperativos restringidos, es decir, una entidad adjudicadora se ve obligada a concertar los contratos con los proveedores de la lista (véase el párrafo 49). Las diferencias entre las listas de proveedores y esos procedimientos flexibles de adjudicación de contratos es examinada por Arrowsmith S, "*Framework Purchasing and Qualification Lists under the European Procurement Directives*: *Part II*", en *Public Procurement Law Review*, 1999, núm. 8, a partir de la página 161; véanse en particular las págs. 172 a 180.

[4] Véase, por ejemplo, en Australia, la *Financial Management Guidance* núm. 13 *on the Mandatory Procurement Procedures*, enero de 2005, apéndice A, pág. 58, que figura en el sitio www.finance.gov.au/ctc/mandatory_procurement_procedur.html.

[5] Por ejemplo, en Chile (conforme al artículo 16 de la Ley de Compras Públicas núm. 19.886, www.chilecompra.cl/portal/centro_informaciones/fr_ley_compras.html).

11. Tratándose de una lista de inscripción obligatoria, puede que por ley o por acuerdo con los proveedores inscritos se permita o se exija a la entidad adjudicadora que no dé a conocer el proceso de contratación a los proveedores no inscritos o que no acepte su participación. En otros regímenes, es posible que sea obligatorio inscribirse para concursar, aunque la entidad adjudicadora debe hacer públicas las listas y aceptar la participación de otros proveedores en el concurso, que no figuren en la lista, a reserva de ciertas condiciones, por ejemplo, que nuevos proveedores logren inscribirse razonablemente a tiempo en la lista[6]. En determinadas circunstancias se exime a los proveedores del requisito de inscripción[7].

12. Puede darse el caso de que en un Estado dado haya distintos tipos de listas. Las de inscripción obligatoria suelen utilizarse cuando i) el proceso de contratación se realiza en determinados sectores de la economía, principalmente la construcción[8] ii) cuando han de contratarse ciertas categorías de bienes, obras y servicios[9] iii) cuando se utilizan determinados métodos o técnicas de contratación, usualmente la licitación por medios electrónicos[10], iv) cuando los contratos adjudicables superan una cuantía determinada o v) cuando intervienen ciertas entidades adjudicadoras.

13. En la práctica, la diferencia entre las listas de inscripción obligatoria y optativa resulta a veces poco categórica. Aun cuando se entiende que son optativas, las listas pueden ser fácilmente asimilables a listas obligatorias, si la convocatoria a licitación se envía únicamente a los inscritos en ellas. En algunos regímenes, por ejemplo, el método de contratación preferido es la licitación restringida basada en listas de preselección con candidatos inscritos en las listas generales de proveedores inscritos,

---

[6] Véanse, en particular, los artículos VIII c) y X 3) del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio (Anexo 4 b) del Acta Final en que se incorporan los resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales, que figura en el sitio www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/gpr-94.pdf): debe limitarse el número de otros proveedores autorizados a participar únicamente para garantizar el desarrollo eficiente del proceso de contratación.

[7] Por ejemplo, en Colombia, en virtud del artículo 42 de la Ley 598, se suspende el requisito de inscripción en casos de urgencia. En Malasia, es posible establecer una exención en circunstancias excepcionales, aunque previo depósito de una garantía. En Marruecos, conforme a decretos que regulan los regímenes de calificación y clasificación de determinadas obras y servicios se exime a los proveedores extranjeros del requisito de inscripción (artículo 18 del Decreto núm. 2-94-222 de 16 de junio de 1994, y artículo 19 del Decreto núm. 2-98-984 de 22 de marzo de 1999).

[8] Véase, por ejemplo, el artículo 22 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública de Colombia, denominado también Ley 80 de 1993 (www.secretariasenado.gov.co/leyes/L0080_93.HTM) y el artículo 37 2) de la Ley de Contratación Pública de Mongolia (14 de abril de 2000).

[9] Véase, por ejemplo, en Australia, donde los ofertantes deben inscribirse en el plan de precalificación de proveedores (*ESA*) para participar en procesos de adjudicación de contratos de suministro de tecnología de la información y de grandes máquinas de oficina. Véase la *Financial Management Guidance* núm. 13, pág. 27, "*An Example of a Multi-Use List: Endorsed Supplier Agreement*".

[10] Entendemos que, por ejemplo, en Chile y México todo proveedor o contratista debe estar inscrito en una lista concretamente designada a fin de participar en licitaciones electrónicas en general a través de ChileCompra y Compranet (www.compranet.gob.mx/), respectivamente.

incluso cuando estas son optativas. En la práctica, ello implica que para tener trato comercial con el sector público un proveedor ha de estar inscrito en la lista[11].

2. Por la finalidad de las listas

14. En un extremo están las listas que suelen servir de listas de destinatarios; la inscripción en ellas no entraña juicio alguno sobre la aptitud de los proveedores para concursar: se incluye a todo proveedor con interés en los contratos a que se refieren las listas y se verifica en el marco de cada proceso de contratación si reúnen las condiciones exigibles. En la contratación pública por vía electrónica, en particular, la utilización de algún tipo de lista de inscripción es en cierta medida indispensable para garantizar el funcionamiento, la seguridad y la protección de los sistemas electrónicos (por ejemplo, para que el sistema permita identificar e inscribir a los posibles proveedores, concederles derechos de acceso al portal de contratación electrónica, distinguir los derechos entre sí, comunicarse con los proveedores, ya sea enviándoles información, o validando la que proviene de ellos).

15. En el otro extremo están las listas cuya principal finalidad es verificar los antecedentes de los posibles proveedores de futuros contratos adjudicables. El grado de verificación varía desde una evaluación inicial de cierta información mínima sobre la aptitud de los proveedores para participar en un proceso de contratación en general[12] hasta la precalificación de todos o el establecimiento de algunos criterios que los posibles proveedores deben satisfacer para aspirar a los contratos adjudicables a que se refiere la lista[13]. Esos tipos de listas se denominan a menudo "listas de proveedores idóneos" o "listas de proveedores aprobados".

16. En el ámbito electrónico, la distinción entre listas de proveedores idóneos y meras listas de inscripción no resulta necesariamente clara. Por ejemplo, algunas listas de inscripción electrónicas, que en un principio cumplían una función similar

---

[11] Véase, por ejemplo, el *Country Procurement Assessment Report* (*CPAR*) del Banco Mundial correspondiente a Uganda, vol. II, *Main Findings and Recommendations*, junio de 2004, párr. 130.

[12] Por ejemplo, los requisitos de inscripción en Compranet de México (www.compranet.gob.mx/), y en el Registro central de contratistas (*CCR,* sus siglas en inglés) de los Estados Unidos (www.ccr.gov/handbook.asp#info). El suministro de información mínima para ser admitido en una lista se exige también, por ejemplo, en la Argentina y en el artículo 92 de la Ley de Contratación Pública de Eslovaquia (Ley núm. 523/2003 de 24 de octubre de 2003 sobre Contratación Pública y sobre la enmienda de la Ley núm. 575/2001 Coll. sobre la organización de las actividades del Gobierno y de la Administración Pública central, en su forma enmendada). La información que se solicita en esas leyes se reduce por lo general a datos básicos del proveedor (relativos, por ejemplo, a su identificación, a la forma de entidad jurídica, los bienes que suministra, sus señas).

[13] Es menester proporcionar información más detallada, por ejemplo, en el Brasil (artículo 35 de la Ley núm. 8.666 de 21 de junio de 1993), China (artículo 5 de las Medidas Cautelares del Centro de Contratación Pública de las Autoridades del Gobierno Central relativo a la inscripción de los antecedentes de los proveedores), Chile (artículo 94 de la Ley 19.886), Costa Rica (artículo 59.2 del "Decreto Ejecutivo núm. 25038-H, Reglamento General de la Contratación Administrativa", de 6 de marzo de 1996, que figura en el sitio www1.hacienda.go.cr/proveeduria-financiera/reg%20gral%20de%20contratacion%20adva.html). Los criterios de inscripción en esos regímenes pueden abarcar también la experiencia, la idoneidad técnica y administrativa, la solvencia financiera, la organización, la disponibilidad de equipo y personal y los conocimientos especializados.

a "catálogo mercantil del tipo de las páginas amarillas", en las que figuraban los datos básicos de los proveedores, como su nombre, dirección, y los tipos de bienes y servicios ofrecidos, se han vuelto más complejas. Algunas de ellas se vinculan a registros y sistemas mercantiles, profesionales o de otra índole (en particular, los sistemas tributarios y de prestaciones de seguridad social), lo que permite evaluar por lo menos los datos básicos de forma automática, simultáneamente con la inscripción en una lista[14]. Con la evolución tecnológica será posible integrar funciones más complejas en las listas electrónicas de proveedores y permitirán evaluar de forma automática otros factores de aptitud de los proveedores, como sería verificar su historial y clasificarlos en consecuencia[15].

3. Por las formalidades requeridas

17. Es posible que la inclusión en una lista entrañe la tramitación oficial de la inscripción por parte de los posibles proveedores, la evaluación de las solicitudes por organismos competentes y la concesión de una autorización para inscribirse a los posibles proveedores que hayan cumplido las condiciones de inclusión en la lista y las hayan aceptado (por ejemplo, en los sistemas de contratación electrónica suele requerirse a los proveedores que acepten determinadas condiciones relativas a las formas de comunicación, propiedad, utilización, confidencialidad y seguridad de la información, y a las declaraciones de descargo de responsabilidad por parte de la autoridad competente[16]).

18. En el caso de otros tipos de listas, en cambio, no se requiere que los posibles proveedores tramiten su inscripción. Por lo general, la entidad adjudicadora compila las listas de forma oficiosa utilizando la información sobre los proveedores que hayan participado en procesos de contratación anteriores organizados por la misma entidad adjudicadora o a partir de las respuestas a cuestionarios presentados por los posibles proveedores o contratistas.

4. Por el grado de centralización e integración

19. Las listas pueden llevarse de forma centralizada o descentralizada. En los regímenes centralizados, una autoridad designada al efecto lleva una lista que se utiliza en los procesos de contratación de todas las instancias, de la Administración Pública centrales y locales. En los regímenes descentralizados, una lista llevada por

---

[14] Por ejemplo, el Sistema de registro unificado de proveedores (*SICAF*) del Brasil. El Ministerio de Obras Públicas y Carreteras de Filipinas alude a una de las ventajas de utilizar las listas con fines estadísticos y para aumentar, mediante la verificación financiera, la recaudación de impuestos, las prestaciones sociales y tributos de otra índole (véase la sección sobre preguntas más frecuentes en el sitio del Ministerio, www.procurementwatch.org.ph//rules_related/related7.htm).

[15] Por ejemplo, el sistema electrónico de contratación pública de Filipinas (*GEPS*, www.procurementservice.net), que funciona sobre la base de un registro de proveedores, tiene un mecanismo de "verificación de desempeño" (véase la sección 9.1.5 de la parte A de las Normas y reglamentos de aplicación (*IRR-A*). En el Brasil, también, en virtud del artículo 36 § 2 de la Ley núm. 8.666, debe mencionarse la idoneidad del proveedor en el desempeño de sus obligaciones. De forma análoga, en Hong Kong, la Secretaría de Transporte y Medio Ambiente, que lleva una lista de contratistas aprobados, dispone asimismo de un sistema de informes sobre el desempeño de los contratistas.

[16] Véase, por ejemplo, en el sitio www.procurementservice.net/English/SUPPLIER_Te.asp?L=1 el acuerdo con el proveedor que forma parte integral de la inscripción en el *GEPS* de Filipinas.

un órgano del Gobierno central solo puede utilizarse en procesos de contratación de la administración central, en tanto que los ayuntamientos y otras entidades adjudicadoras pueden llevar listas destinadas a sus propios procesos de contratación[17] y pueden o no exigir la inscripción en un registro central. En otros regímenes descentralizados, en cambio, puede que no haya un registro central único. Las listas quedan a cargo de ministerios del gobierno central, así como de las autoridades locales y de diversas entidades de contratación pública. También es posible que entidades ajenas a la Administración Pública, como las cámaras de comercio, tengan sus propias listas de proveedores[18].

20. Puede conformarse una lista para uso de más de un organismo. Es corriente que en esos casos deba darse a conocer ese hecho y los nombres de los organismos de que se trate[19]. Las entidades adjudicadoras que no llevan sus propias listas pueden optar por una de las listas ya existentes[20]. Se ha criticado ese tipo de régimen por considerarse que la elección arbitraria de listas suele propiciar el favoritismo y otros abusos en el proceso de contratación.

21. Las listas pueden abarcar todo tipo de contratación pública de cualquier sector de la economía[21] o pueden limitarse a un sector determinado (por ejemplo, la construcción, los servicios) o a un tipo particular de bienes, obras o servicios[22].

---

[17] Por ejemplo, en el Brasil, el *SICAF* es un registro central de proveedores de uso en los procesos de contratación federales; las autoridades locales y las entidades adjudicadoras están facultadas para llevar sus propias listas. Asimismo, en Chile, las entidades adjudicadoras administran otros registros, en soporte electrónico o en papel, o hay registros que se relacionan con determinados tipos de bienes o servicios. En China, la matriculación de proveedores a nivel central corresponde al Centro de Contratación de la Administración Pública de China, y en el ámbito local a diversas autoridades del ámbito financiero.

[18] Véase, por ejemplo, en Colombia, el artículo 22 de la Ley 80 de 1993, conforme al cual la clasificación y calificación de los posibles proponentes corresponde a las cámaras de comercio locales y pueden ser verificables por el Gobierno nacional. Véase también el artículo 92 de la Ley de Contratación Pública de Eslovenia.

[19] Véase, por ejemplo, en Australia, la *Financial Management Guidance* núm. 13, págs. 57 a 59; y el artículo 28 3) de la Ley de Contratación Pública de Eslovaquia.

[20] Véase, por ejemplo, en Costa Rica, donde por ley se permite utilizar diferentes registros a las entidades adjudicadoras que en razón del volumen de contratación o de su capacidad carecen de listas propias (artículo 59.4 del Decreto núm. 25038-H, Reglamento General de la Contratación Administrativa). En la sección 37 4) de la Ley de Contratación Pública de Estonia se permite a la entidad adjudicadora utilizar una lista compilada por otra entidad siempre que el sistema de compilación se ajuste a los requisitos de la entidad adjudicadora que vaya a emplear la lista y a las disposiciones de la Ley. En virtud del artículo 22 2) de la Ley de Contratación Pública de Eslovenia, las entidades adjudicadoras que se ocupan de los servicios públicos pueden utilizar las listas de proponentes idóneos de otras entidades adjudicadoras. En Uganda, el Ministerio de Obras Públicas y el Ministerio de Educación se encargan de administrar las listas, y las entidades adjudicadoras escogen cuál utilizar en función de la finalidad de la contratación de que se trate (véase el *Country Procurement Assessment Report* (*CPAR*) del Banco Mundial correspondiente a Uganda, vol. II, *Main Findings and Recommendations*, junio de 2004, párr. 137).

[21] Véase, por ejemplo, el SICAF del Brasil conforme a la Ley núm. 8.666.

[22] Por ejemplo, en Singapur, la inscripción central está a cargo de la División de Políticas de Gastos y Adquisiciones (bienes y servicios generales), del Departamento de Productos Farmacéuticos del Ministerio de Salud (suministros médicos, y bienes y servicios destinados al

Cuando se limitan a sectores precisos, suele considerarse que la inscripción en una lista de proveedores repite y duplica la función de inscripción y matriculación que cumplen los órganos reguladores propios de cada sector o industria[23].

22. Al introducirse los sistemas electrónicos de contratación, más Estados han pasado de los regímenes de inscripción descentralizados y no integrados a los regímenes centralizados e integrados[24]. Los bancos multilaterales de desarrollo recomiendan también el último tipo de régimen para las listas de proveedores porque permiten economizar, evitar solapamientos, dar coherencia a las listas en uso en un Estado dado[25] y mitigar para los proveedores el inconveniente de tener que inscribirse innecesariamente muchas veces[26].

C. Utilización de listas de proveedores en el proceso de contratación

1. Planificación del proceso de contratación pública

23. Las listas de proveedores suelen dar indicios de las condiciones imperantes en el mercado y por ello sirven para planificar el proceso de contratación, por ejemplo, para escoger un método de contratación. Las listas pueden, por ejemplo, indicar con claridad al comienzo del proceso que solo un proveedor o unos pocos proveedores tienen los derechos de propiedad de los bienes o servicios que han de contratarse (por ejemplo, en casos que entrañen la protección de patentes, derechos de autor u otros derechos exclusivos, o por otros motivos técnicos o artísticos), lo que justificaría el recurso a métodos de contratación no competitivos con restricciones.

---

cuidado de la salud) y de la Junta de Fomento de la Industria de la Construcción (construcción y servicios afines).

[23] Por ejemplo, en Filipinas, el Ministerio de Obras Públicas y Carreteras lleva el registro de contratistas de obras públicas y la Junta de Fomento de la Industria de la Construcción lleva una lista aparte utilizada en el procedimiento de matriculación (véase la sección correspondiente de las preguntas más frecuentes en el sitio del Ministerio, www.procurementwatch.org.ph//rules_related/related7.htm).

[24] Por ejemplo, en Filipinas, en la sección 8.5.1 de las *IRR-A* se prevé la integración de los registros electrónicos existentes a cargo de las entidades adjudicadoras con el registro electrónico creado en apoyo del sistema de contratación electrónica del Gobierno. En la República de Corea, múltiples requisitos de inscripción se han fusionado y convertido en un trámite único, consistente en inscribirse en el sistema electrónico de contratación pública del Gobierno a fin de que su utilización permita "alcanzar eficiencia y transparencia en el sector de la contratación pública" (información proporcionada por la República de Corea al grupo de expertos gubernamentales en contratación pública de la Cooperación Económica en Asia y el Pacífico (APEC), reunido en Phuket (Tailandia) el 15 y 16 de agosto de 2003, documento de la APEC 2003/SOM111/GPEG/009, tema 7 a) del programa.

[25] Ello es propio de los regímenes descentralizados, aunque también se aplica a los centralizados, teniendo presente que las listas de proveedores y los diversos registros profesionales y de matriculación deben ser coherentes y deben evitarse repeticiones entre ellos.

[26] Véase, por ejemplo, el Informe del diagnóstico de las adquisiciones del país (CPAR) del Banco Mundial correspondiente a Chile, agosto 2004, en particular los párrafos 23, 37, 75 y 76 (figura en el sitio www-wds.worldbank.org/servlet/WDSContentServer/WDSP/IB/2004/11/19/000012009_20041119095309/Rendered/INDEX/289140CL.txt).

2. Fundamento para la selección de proveedores

24. Como regla general, en las licitaciones las listas de proveedores pueden utilizarse como listas de destinatarios, como suplemento de otros medios de convocación. Al menos en un régimen, se permite que el pliego de condiciones requiera la inscripción en una lista de proveedores como condición previa de participación en un proceso de licitación abierto[27].

25. En el proceso de contratación no abierto a la participación general, las listas pueden utilizarse como fuente complementaria o única de selección de los contratistas o proveedores que participarán en el proceso de contratación[28]. Además, cuando una licencia profesional sea indispensable para ejecutar un contrato de adquisiciones públicas, lo más probable es que se recurra a una lista de proveedores titulares de una licencia (aprobados)[29].

3. Condiciones exigibles de los proveedores

26. Puede invocarse la inscripción para ser aceptado en un determinado proceso de contratación pública, a fin de demostrar que un proveedor inscrito en una lista cumple una o más de las condiciones exigidas para inscribirse en la lista[30]. Así pues, la inscripción en una lista puede obviar la necesidad de tener que cerciorarse de que un proveedor satisface algunos de los requisitos de participación en un determinado proceso de contratación, o todos ellos, y, en consecuencia, puede complementar los procedimientos de determinación de la idoneidad, precalificación o poscalificación en ese tipo de proceso o sustituirlos. Este factor suele señalarse como una de las principales ventajas de las listas de proveedores calificados; ahora bien, ello dependería de que los proveedores participantes en un determinado proceso de contratación se hayan inscrito habida cuenta de que, tratándose de una lista de inscripción optativa, la ventaja solo existe respecto de los proveedores que opten por inscribirse, del grado en que se haya evaluado la idoneidad de los proveedores

---

[27] Véase, por ejemplo, en Australia, la *Financial Management Guidance* núm. 13, pág. 58. Esta posibilidad se consigna como opción cuando una entidad adjudicadora desea aprovechar tanto las ventajas competitivas de una convocatoria general abierta como las evaluaciones ya realizadas durante la precalificación que ha determinado la inclusión en la lista.

[28] En un mercado pequeño o en casos de urgencia, por ejemplo, las listas de proveedores suelen ser el único recurso para escoger ofertantes o partes para negociar un contrato sin publicar los anuncios correspondientes, o el recurso más rápido para hacerlo. En algunos Estados se utilizan también para seleccionar proveedores en el caso de adquisiciones de escaso valor, como forma de ahorrar los gastos que ocasiona un proceso de licitación más estructurado. Por ejemplo, en Singapur, a tenor de lo dispuesto en el párrafo 120 de los Procedimientos de contratación y adquisición, se identifica a los proveedores y se solicitan cotizaciones por el sistema electrónico estatal de negocios (*GeBIZ*) cuando el valor del contrato es inferior a 50.000 dólares de los EE.UU. (caso en que no se requiere licitación general o selectiva) sin colocar la cotización abiertamente en el sito *GeBIZ*.

[29] Véase, por ejemplo, en Australia, la *Financial Management Guidance* núm. 13, sección 5 a 3, págs. 24 y 27 "*An Example of a Multi-Use List: Endorsed Supplier Agreement*".

[30] Un examen pertinente figura en la sentencia de 9 de julio de 1987, asuntos acumulados 27-29/86 ("CEI" y "Bellini"), [1987] ECR 3347; [1989] 2 CMLR 224 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Véase también, por ejemplo, la sección 36 2) de la Ley de Contratación Pública de Estonia y el artículo 91 de la Ley de Contratación Pública de Eslovaquia, por los que la inscripción de un proveedor en una lista constituye presunción de su idoneidad para un determinado proceso de contratación.

en el momento de su inscripción, y de la pertinencia de esa evaluación en relación con el proceso de contratación de que se trate.

27. Puede que la inscripción en una lista de proveedores sea suficiente como prueba de la idoneidad de un proveedor para participar en un proceso corriente de contratación de bienes simples. En algunos regímenes de contratación pública, la inscripción sustituye al procedimiento de precalificación caso por caso, también cuando se trata de proyectos complejos de envergadura[31]. En otros casos, la clase de información general sobre su idoneidad que se exige a los que solicitan inscribirse podría no demostrar cabalmente si reúnen las condiciones para ejecutar un determinado contrato que habrá de adjudicarse o si tienen capacidad para hacerlo. Si la participación en la adjudicación de un contrato depende de un hecho cuya determinación no se impuso como condición de inscripción en una lista, puede que la entidad adjudicadora exija prueba del requisito complementario. Puede que se requiera también la constatación de idoneidad en el marco de un proceso de contratación concreto a fin de actualizar la información proporcionada en el momento de la inscripción en la lista.

28. En algunos Estados, una declaración jurada de que la inscripción de un proveedor conserva su validez es suficiente como prueba de inscripción y como certificación de los hechos de los que la inscripción ha dependido[32]. En la mayoría de los casos, un certificado de inscripción válido prueba el acto de inscripción y deja constancia de la información proporcionada a la autoridad competente para posibilitar la inscripción del proveedor en la lista y toda clasificación que se haya dispuesto[33].

---

[31] Por ejemplo, algunos informes del diagnóstico de las adquisiciones del país del Banco Mundial muestran que, aunque en las reglamentaciones se prescribe el procedimiento de precalificación, este raramente se emplea en la práctica, ya que las listas de proveedores inscritos, que no se prescriben, efectivamente cumplen esa función. Véase, por ejemplo el *Country Procurement Assessment Report* (*CPAR*) correspondiente a Uganda, vol. II, *Main Findings and Recommendations*, junio de 2004, párrs. 129 y 139 (figura en el sitio www-wds.worldbank.org/servlet/WDS_IBank_Servlet?ptype=advSrch&psz=20&pcont=results&dt=540617.)

[32] Véase, por ejemplo, en la Argentina, la resolución de la Jefatura de Gabinete de Ministros núm. 5 de 30 de enero de 2004, que figura en el sitio www.onc.mecon.gov.ar/paginas/inicio/downloads/Resolucion_5_2004.doc.

[33] Véase, por ejemplo, la sección 36 1) de la Ley de Contratación Pública de Estonia. Las certificaciones pueden generarse automáticamente mediante un sistema electrónico o ser expedidas por autoridad competente. La validez de las certificaciones oscila entre varios días (generalmente cuando se producen automáticamente) y meses o años. Puede que haya que renovar la certificación cada vez que se actualiza la inscripción. Véase, por ejemplo, en el Brasil, el artículo 36.1 de la Ley núm. 8.666.

D. Problemas que plantea la utilización de listas de proveedores

1. Prácticas excluyentes

29. La utilización de listas de proveedores puede restringir considerablemente el acceso a un proceso de contratación y reducir la competencia al excluir a los proveedores no inscritos. Si bien esa inquietud se expresa principalmente respecto de las listas de inscripción obligatoria, las listas de inscripción optativa también causan preocupación habida cuenta de que, como se señaló anteriormente (véase el párrafo 13), la diferencia entre esos dos tipos de listas no siempre es nítida.

30. Es posible que, según lo que disponga el reglamento de inscripción y según el margen discrecional otorgado a la autoridad competente, no se incluyan en una lista forzosamente a todos los candidatos idóneos para ejecutar la clase de contratos a que se refiere la lista. Más bien, la inscripción puede limitarse a los mejores proveedores o a los que la autoridad a cargo de la inscripción favorezca. Entre ellos podrían figurar los que se desempeñan relativamente mejor que los demás en lo que respecta a las condiciones generales exigidos (por ejemplo, los de más experiencia) o los que probablemente presenten las mejores ofertas (por ejemplo, los que concursan sistemáticamente en licitaciones públicas). El último criterio de inclusión en una lista es bastante corriente, puesto que las listas se compilan a menudo sobre la base del historial de los proveedores, lo cual entraña la exclusión de los proveedores cuyo desempeño se considere insatisfactorio.

31. Es posible también que la autoridad a cargo de la inscripción disponga también de una amplia potestad para sancionar a un proveedor que no haya ejecutado bien un contrato o haya incurrido en distintos tipos de actos irregulares (como el soborno o el fraude), lo que podría incluir borrarlo de una lista o ponerlo en una "lista negra". En algunos regímenes se prohíbe a toda empresa que haya sido suprimida de una lista volver a solicitar su inscripción en ella durante bastante tiempo. Esa clase de sanciones puede imponerse también por incumplimiento de otras obligaciones, como el pago de prestaciones sociales, de indemnizaciones laborales y del impuesto sobre la renta[34]. Suele ocurrir que no se fijen controles adecuados ni condiciones precisas, lo que propicia la imposición de sanciones excesivas, la discriminación entre proveedores y otros abusos.

32. También pueden realizarse algunas prácticas excluyentes al seleccionar proveedores o contratistas para una contratación pública en particular. Es posible que no se invite a participar en el proceso a todos los integrantes de una lista y que se impongan condiciones, normas o requisitos de procedimiento más estrictos a los proveedores que no figuran en una lista que han logrado la calificación para aspirar al contrato que se ha de adjudicar inscribiéndose en una lista.

---

[34] Por ejemplo, en Malasia, donde las posibles sanciones abarcan advertencias, la suspensión de la inscripción en la Junta de Fomento de la Industria de la Construcción durante un período de hasta cinco años y la inscripción en una lista negra (véanse las condiciones de inscripción en el sitio www.cidb.gov.my/main.php?cid=166).

2. Prácticas carentes de transparencia

33. El mayor riesgo de menoscabo de la transparencia y la competencia en un proceso de contratación procede de las listas que, se administran de forma disimulada y sin transparencia. Con frecuencia se señala con inquietud que no todos los elementos esenciales de la administración de una lista de proveedores se dan a conocer al público en general ni a los proveedores interesados.

34. Por ejemplo, raramente se precisan los criterios de supresión de una lista o de inscripción en una lista negra. Además, en regímenes de contratación pública en que se solicitan ofertas para un proceso de contratación determinado de algunos pero no de todos los proveedores de una lista, los métodos de selección de proveedores (rotación, orden cronológico de inscripción o métodos de otra índole) tampoco trascienden por lo general, lo que redunda en una distribución desigual de las oportunidades de participación en el proceso de contratación y en el consiguiente menoscabo de los principios de transparencia, igualdad y no discriminación entre los posibles proveedores. En otros casos, si bien puede que no haya un método de selección concreto, las entidades adjudicadoras deben, por ejemplo, cambiar de proveedores con la mayor frecuencia posible, lo que deja efectivamente a su arbitrio qué empresas concursarán en un determinado proceso de contratación[35].

3. Segmentación del mercado

35. Es posible que el empleo de listas de proveedores calificados como instrumento de selección de contratistas o proveedores que han de participar en un proceso de contratación determinado propicie también la segmentación del mercado y la consiguiente adjudicación de contratos de un valor dado siempre a los ofertantes de la lista mejor clasificados. En las listas de proveedores calificados, suele clasificarse a los proveedores según su capacidad de contratación, las cuantías mínimas por las que les interesa participar, los bienes y servicios ofrecidos e información de otra índole. En algunas listas se llega a categorizarlos incluso por su competencia técnica y solvencia económica, su cumplimiento de los plazos, la calidad, cantidad y el costo de su prestación, la forma de pago y criterios de otra índole[36]. Como distintos procedimientos de evaluación pueden determinar la

---

[35] Véanse, por ejemplo, los informes del diagnóstico de las adquisiciones del país (*CPAR*) del Banco Mundial correspondientes a Estados como Uganda, Malawi y Tanzanía en el sitio www-wds.worldbank.org/servlet/WDS_IBank_Servlet?ptype=advSrch&psz=20&pcont=results&dt=540617.

[36] Véase, por ejemplo, en el Brasil, en virtud del artículo 36 de la Ley núm. 8.666, los proveedores inscritos se clasificarán en diversas categorías en función de su especialización, y, a su vez, cada categoría se subdivide en grupos según la idoneidad técnica y la solvencia económica de los proveedores; en Colombia, en virtud del artículo 79 de la Ley 80 de 1993 y el Decreto 856 de 1994, las cámaras de comercio deben llevar registros, que contienen clasificaciones por especialización, por los grupos o tipos de bienes o servicios ofrecidos, los contratos adjudicados y las cuantías asignadas; en Costa Rica, en virtud del artículo 2 del Decreto núm. 25113-h, "Reglamento para la Utilización del Registro de Proveedores" (www1.hacienda.go.cr/proveeduria-financiera/reg%20registro%20proveedores.html), el registro abarca, entre otras cosas, pormenores sobre los bienes y servicios ofrecidos por cada proveedor, el monto mínimo de participación que el proveedor fije como de su interés para contratar y la forma de pago; y en Malasia, el registro que lleva la Junta de Fomento de la Industria de la Construcción tiene siete rangos en cada una de las tres categorías de inscripción (ingeniería civil, construcción, e ingenierías mecánica y eléctrica) (www.cidb.gov.my/content.php?cid=166&11=0).

inclusión en una lista con arreglo a diversos rangos de clasificación[37], la certificación ulterior de la inclusión en una lista se hace conforme a un método de clasificación empleado para integrar a alguien en la lista y sirve como prueba de que los proveedores inscritos reúnen las condiciones exigibles para que se les adjudique un contrato acorde con el rango que se les da en la lista. En algunos regímenes, los proveedores inscritos en una clasificación dada no pueden participar en procesos de contratación previstos en otras clasificaciones[38].

36. Por añadidura, es posible que el mercado se segmente aun más como consecuencia de diversas políticas socioeconómicas y de segmentación del mercado vinculadas a la administración de las listas (por ejemplo, los programas preferentes), encaminadas a: i) determinar grupos que necesitan asistencia o para los que se han establecido preferencias y permitir que esos grupos determinen la asistencia o medida de otra índole a la que podrán acogerse; ii) para facilitar la asignación de contratos con criterio regional; y iii) para corregir los patrones negativos de distribución de recursos y la discriminación. Por ejemplo, puede que, conforme a políticas preferentes de promoción de pequeñas empresas, una entidad adjudicadora deba incluir en el proceso de contratación tantas pequeñas y medianas empresas como sea posible. Puede que se restrinja la obtención por empresas clasificadas con un rango más alto de contratos adjudicables de menor cuantía con objeto de impedir que las empresas más grandes presenten automáticamente ofertas más competitivas que las pequeñas y que se prive a las primeras de la posibilidad de obtener un contrato[39].

---

[37] Por ejemplo, en Chile, en virtud del artículo 85 de la Ley 19.886, cada proveedor se inscribe en una determinada categoría o materia, y el procedimiento de evaluación es propio de la categoría o materia en que se haya solicitado la inscripción. En virtud del artículo 88 de la misma Ley, la renovación de la inscripción se ajusta a los requisitos establecidos en cada categoría o materia determinada.

[38] Véase, por ejemplo, el artículo 8.5.1 de la Ley de Reforma de la Contratación Pública de Filipinas, en el que se dispone que un proveedor debidamente inscrito en el sistema de contratación electrónica de la Administración Pública puede participar en todo proceso de contratación dirigido por cualquier entidad adjudicadora, siempre que la inscripción en la lista de proveedores esté en regla y sea pertinente respecto del tipo de proceso de contratación de que se trate.

[39] Véanse, por ejemplo, los programas preferentes para pequeñas empresas de los Estados Unidos: los contratos adjudicables pertenecientes a una o más categorías de valor monetario han de otorgarse únicamente a empresas clasificadas conforme a niveles de envergadura establecidos. Puede que el criterio preferente entrañe la designación de determinados tipos de productos que habrán de adquirirse exclusivamente a grupos que reciben la asistencia. Por ejemplo, en la India, existen disposiciones por las que diversos artículos deben comprarse únicamente a la Comisión de Industrias de Khadi y Village, que oficia de agente de ventas de los productores de esas comunidades. Sudáfrica e Indonesia tienen programas similares (destinados a cooperativas inscritas). Información proporcionada a la Secretaría por consultores.

4. Dificultades que plantea la utilización de listas

37. Causa preocupación también la dificultad que plantea en la práctica la administración de listas de proveedores calificados. Se ha alegado en particular que las listas se desactualizarán[40] y ello dará lugar a apelaciones; además, se considerará que las reglas que rigen la administración de una lista son muy restrictivas (y, por consiguiente, limitan el acceso a ella, la competencia y la transparencia) o difíciles de aplicar y mantener[41].

38. También es posible que las listas entrañen gastos administrativos innecesarios, que en algunos casos pueden ser onerosos[42], tanto para los proveedores como para las entidades adjudicadoras, cuando se inscriben o procuran inscribirse proveedores que probablemente no ganen el concurso. Puede resultar caro, por ejemplo, dar acceso general a una lista con la consiguiente verificación de idoneidad, lo que supone una revisión constante de la situación de los numerosos proveedores inscritos, cuando solo unos pocos reunirán las condiciones exigibles para participar en una contratación determinada. Ahora bien, si la revisión no fuera constante, el valor de la información que figura en una lista o que se presentó en el momento de inscribirse en ella podría ser cuestionable, aduciéndose que no refleja la modificación de la capacidad de los posibles proveedores ni la de otros datos en que se basó la inscripción. Por consiguiente, pueden adjudicarse contratos a ofertantes sin aptitudes adecuadas o excluirse a ofertantes calificados, en particular, como consecuencia de la segmentación del mercado[43].

---

[40] En razón de la insatisfacción causada por la fiabilidad y la pertinencia de la idoneidad emanada de estar inscrito en un sistema, en Indonesia se ha suprimido del nuevo régimen de contratación pública (*Keppres 80/2003*) toda referencia a los trámites de inscripción y matriculación que eran tan importantes en el régimen anterior (*Keppres 18/2000*) y tampoco se los tiene en cuenta. Información proporcionada a la Secretaría por un consultor. Véase también, por ejemplo, el *Country Assessment Procurement Report* (*CPAR*) del Banco Mundial correspondiente al Paraguay, enero de 2003, párr. 22 (publicado en inglés y disponible en el sitio www-wds.worldbank.org/servlet/WDS_IBank_Servlet?ptype=advSrch&psz=20&pcont =results&dt=540617).

[41] Véase el documento "*Strengthening Procurement Capacities in Developing Countries. International Benchmarks and Standards for Public Procurement Systems*", mesa redonda organizada por el Comité de Asistencia para el Desarrollo (CAD) de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) y el Banco Mundial en París, los días 22 y 23 de enero de 2003, pág. 3.

[42] Véase, por ejemplo, China, donde se exige un anticipo de 10.000 yuanes renminbi (unos 1.239 dólares de los EE.UU. según el tipo de cambio en vigor el 13 de enero de 2006) en concepto de garantía de plusvalía mercantil a un proveedor que desee ser incorporado a la base de datos correspondiente. Información proporcionada a la Secretaría por un consultor. Véase también el *Country Procurement Assessment Report* (*CPAR*) del Banco Mundial correspondiente a Uganda, vol. I, *Executive Summary*, junio de 2004, párr. 17.

[43] Véase el documento "*Strengthening Procurement Capacities in Developing Countries. International Benchmarks and Standards for Public Procurement Systems*," mesa redonda organizada por el CAD de la OCDE y el Banco Mundial en París, los días 22 y 23 de enero de 2003, pág. 3. Véase también, por ejemplo, el *Country Procurement Assessment Report* (*CPAR*) del Banco Mundial correspondiente a la India, diciembre de 2003 (párr. 5.9) y el correspondiente a Indonesia, marzo de 2001 (figuran en el sitio www-wds.worldbank.org/ servlet/WDS_IBank_Servlet?ptype=advSrch&psz=20&pcont=results&dt=540617) Entre los problemas que señala el Banco Mundial al respecto están una dependencia excesiva de los documentos presentados sin someterlos a una verificación rigurosa, la no imposición de sanciones en casos de falseamiento de los hechos y la inscripción con distintas razones sociales

39. En algunos Estados surgen dificultades también cuando se verifica la eficacia de diversas políticas socioeconómicas estatales y de reglamentaciones conexas del mercado vinculados a la administración de listas y se procura restringir o eliminar la aplicación de esas políticas y programas si es que resultan ineficaces.

E. Amplitud de la regulación del uso de listas

1. Regímenes nacionales e internacionales

40. Los regímenes que regulan la utilización de las listas de proveedores se enuncian en instrumentos internos e internacionales. Como es posible que la aplicación de las listas redunde en la discriminación de ofertantes extranjeros[44], el tema se aborda en varios tratados de libre comercio bilaterales y multilaterales que, entre otras cosas, propician la apertura e integración de los mercados de contratación pública.

41. La posibilidad de emplear listas de proveedores de inscripción obligatoria u optativa en licitaciones selectivas se prevé en el Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio (OMC), en el que se alude a "listas permanentes de proveedores calificados"[45]. En dicho Acuerdo se imponen diversos controles sobre la utilización de esas listas. No puede recurrirse a ellas en las

---

y como empresas de diferentes envergaduras a fin de aumentar las posibilidades de ser seleccionado.

[44] En los regímenes internos examinados se ha constatado que se enuncian varias condiciones que no son sino obstáculos no arancelarios al comercio internacional, como exigir certificados de pago de impuestos nacionales, garantías bancarias nacionales, personalidad jurídica o presencia física en el país de que se trate, acuerdos de trato recíproco, además de imponerse barreras lingüísticas. Algunos consultores informaron a la Secretaría de que, por ejemplo, en el Brasil no se permite la inscripción de una empresa extranjera en la lista de proveedores a menos que tenga una dirección en el país y esté constituida como entidad jurídica en él. El hecho de que el registro se lleve solo en portugués dificulta también el acceso al sistema de inscripción. En los Estados Unidos, los vendedores extranjeros se han quejado extraoficialmente de que algunos de los datos requeridos para inscribirse en el Registro central de contratistas, o *CCR* según sus siglas en inglés (como el número de identificación *Dun & Bradstreet* o el código *CAGE* asignado a los proveedores de bienes y servicios de defensa) pueden ser en la práctica muy difíciles de reunir. En China se exige que toda empresa tenga personalidad jurídica en el país y se encuentre físicamente en él (por ejemplo, en el Reglamento del Ayuntamiento de Beijing en materia de normas mínimas exigibles de los proveedores idóneos para participar en procesos de contratación pública se dispone que todo proveedor que no asista al Centro de Contratación Pública de Beijing a efectos de la revisión anual de sus listados quedará automáticamente inhabilitado para concursar en Beijing). El requisito de trato recíproco se prevé, por ejemplo, en China, en las Medidas Cautelares de la región autónoma de Guangxi Zhuang (artículo 7), que regulan el acceso de los proveedores a los procesos de contratación pública, y en la Ley de contratación pública de Eslovenia (artículo 92 1)).

[45] Véase el Acta Final en que se incorporan los resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales (anexo 4 b)), que figura en el sitio www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/gpr-94.pdf. Las referencias a las listas aparecen en los artículos VIII a XI.

licitaciones restringidas, procedimientos que se siguen si el concurso público no es adecuado (como cuando median razones de urgencia)[46].

42. En el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) se permite el empleo de listas conforme a reglas y controles muy similares a los previstos en el Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC[47]. En los Principios no vinculantes sobre contratación pública de la Cooperación Económica en Asia y el Pacífico (APEC) poco se explicita en la materia, aunque se contempla la posibilidad de crear un "registro de proveedores adecuados" con sujeción a determinadas restricciones y al respeto de principios generales como la transparencia, la buena relación costo-calidad, la competencia efectiva, las prácticas comerciales leales, la rendición de cuentas, la aplicación de los procedimientos reglamentarios y la no discriminación[48].

43. En las directivas de la Unión Europea (UE) sobre la adjudicación de contratos públicos se establece un régimen dual, conforme al cual se aplican disposiciones más estrictas a las entidades adjudicadoras públicas que a las que se ocupan del sector de los servicios públicos. En virtud de la directiva en la materia (2004/17/CE) aplicable al último tipo de entidades, incluidas las estatales o de propiedad pública, se las faculta para utilizar listas de clasificación obligatorias u optativas (la directiva hace referencia a "sistemas de calificación"), con restricciones similares a las previstas en el Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC[49]. La otra directiva de la UE sobre contratación pública (2004/18/CE), aplicable a entidades adjudicadoras públicas, permite a los Estados miembros introducir "listas oficiales de operadores económicos autorizados" y una "certificación" que solo sean optativas. Regula el acceso a la contratación pública de los proveedores de los demás Estados miembros que no figuren en la lista de operadores económicos autorizados que lleve un Estado miembro y carezca de la certificación que este exija[50].

---

[46] Se sugiere que las entidades contratantes pueden recurrir sin límite alguno a listas de inscripción obligatoria u optativa cuando se trate de licitaciones selectivas. Se encontrará un análisis exhaustivo en Arrowsmith S., "*Government Procurement in the WTO*", 2002, págs. 237 a 241.

[47] Véase, en particular, el párrafo 2) del artículo 1011 del TLCAN, en el que se permite el empleo de listas en procedimientos de licitación selectiva, y el párrafo 2) del artículo 1009, por el que se limita su utilización.

[48] Véase, en particular, el párrafo 27 de los Principios no vinculantes en el sitio www.apec.org/content/apec/apec_groups/committees/committee_on_trade/government_procurement.html.

[49] Véase el artículo 53 de la directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004 (Diario Oficial de la Unión Europea, L 134, de 30 de abril de 2004, pág. 1). Figura asimismo en el sitio http://europa.eu.int/comm/internal_market/publiccontratación/legislation_en.htm).

[50] Véase el artículo 52 de la directiva 2004/18/EC del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004 (Diario Oficial de la Unión Europea, L 134, de 30 de abril de 2004, pág. 114); figura asimismo en el sitio http://europa.eu.int/eur-lex/pri/es/oj/dat/2004/l_134/l_13420040430es01140240.pdf).

44. En varios tratados de libre comercio bilaterales se aborda explícitamente el tema de las listas[51]. En todos ellos su utilización queda sujeta a los principios generales de transparencia, objetividad y no discriminación y se ve limitada por disposiciones semejantes a las previstas en el Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC. En alguno de ellos se establece por remisión la aplicación a las partes de las disposiciones pertinentes de ese Acuerdo o de instrumentos regionales (por ejemplo, el TLCAN)[52].

45. Los bancos multilaterales de desarrollo no aceptan el requisito de inscripción en una lista de proveedores en una convocatoria a licitación internacional. Coinciden con otras instituciones internacionales que se ocupan de la reforma de los regímenes de contratación pública de los países en que desarrollan actividades, como la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)[53], en que la inscripción de ofertantes como condición de la presentación de ofertas no es una práctica adecuada. Recomiendan que, en los países en que existe un sistema de inscripción, este se desvincule de todos los aspectos de la preselección de los proveedores que han de participar en un proceso de contratación. Consideran que la mejor práctica consiste en efectuar la precalificación para cada contrato por separado, de ser necesario, cuando se trate de contratos de gran magnitud o muy complejos, habida cuenta de que el procedimiento es oneroso, gravoso y requiere mucho tiempo, tanto para las entidades adjudicadoras como para los proveedores; en otras circunstancias, debería recurrirse a la poscalificación para determinar si un proveedor ganador cumple las condiciones exigibles y es apto para ejecutar un contrato en particular. Esos principios y principios de otra índole aplicables a la administración de listas de proveedores se han recogido en las pautas y normas internacionales de contratación pública de la OCDE y del Banco Mundial en los países en que desarrollan actividades (las "pautas y normas internacionales de contratación pública de la OCDE y del Banco Mundial")[54].

---

[51] Véase, por ejemplo, el Tratado de Libre comercio entre Australia y los Estados Unidos de América (capítulo 15, artículo 15.7 (4 y 5),); el Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos (capítulo 9, artículo 9.8 3)), el Tratado de Libre Comercio entre la República de Chile y los Estados Miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio (artículo 57); el Acuerdo de Asociación Política y Comercial entre Chile y la Unión Europea (artículos 144 a 147); y el Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República de Corea (artículo 15.7). Todos ellos figuran en el sitio www.sice.oas.org/Trade.

[52] Véase, por ejemplo, el Tratado de libre comercio entre el Canadá e Israel (tercera parte, capítulo 6, artículo 6.1); el Tratado de libre comercio entre los Estados Unidos y Singapur (artículo 13.3); y el Tratado de Libre Comercio entre México y los Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio (artículo 61 y anexo XVIII). Todos ellos figuran en el sitio www.sice.oas.org/Trade.

[53] En la sección del sitio de la OCDE (en francés o en inglés) correspondiente a la gobernación y la gestión pública se describen las actividades de esa organización en el sector de la contratación pública www.oecd.org/topic/0,2686,en_2649_37405_1_1_1_1_37405,00.html.

[54] Véase el documento "*Strengthening Procurement Capacities in Developing Countries. International Benchmarks and Standards for Public Procurement Systems. Requirements for Local Procurement in Borrowing Countries*" pág. 3, mesa redonda organizada por el CAD de la OCDE y el Banco Mundial en París, los días 22 y 23 de enero de 2003, que figura en inglés en el sitio www.oecd.org.

46. A efectos del presente estudio se han examinado los regímenes que regulan la utilización de listas de proveedores aplicables en África (Marruecos, Sudáfrica, Tanzanía y Uganda), Asia (China, Filipinas, la India, Indonesia, Malasia, Mongolia, la República de Corea y Singapur), Australia y el Canadá, América Latina (la Argentina, el Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica y México), Europa oriental (Bulgaria, y Serbia y Montenegro), en algunos países de la UE (Austria, Estonia, el Reino Unido y Eslovaquia) y en los Estados Unidos.

2. Restricciones en la utilización de listas de proveedores

47. La mayoría de los regímenes que se examinaron tienden a disipar el temor que despierta la administración de las listas, en particular, la posibilidad de que su utilización menoscabe la competencia, posibilite la corrupción y la colusión de los proveedores y propicie el proteccionismo y el favoritismo. En algunos de los regímenes examinados, la utilización de listas lleva aparejado el respeto de principios generales como la transparencia, la no discriminación y la no restricción de competencia, en tanto que en otros se establecen, además, varias restricciones de procedimiento que pueden consistir en determinar qué entidad utilizará listas de proveedores[55] y el tipo de listas que habrán de emplearse (se imponen controles más explícitos y estrictos al uso de listas de inscripción obligatoria que a las de inscripción optativa).

48. Los controles que suelen establecerse consisten en imponer condiciones de utilización de las listas de proveedores[56] y requieren que: i) se dé cabida a la dinámica del mercado al conformar una lista; ii) se publiquen constantemente las listas, las reglas que rigen su administración, los criterios de inclusión en una lista y de exclusión tras la inscripción y las enmiendas ulteriores; iii) se fijen criterios de inclusión objetivos, no discriminatorios, transparentes y proporcionales que puedan evaluarse objetivamente; iv) las listas sean accesibles a todos y se facilite su consulta en todo momento; v) se actualicen las listas con regularidad, lo que incluye limitar la validez de las inscripciones en una lista; y vi) se respete el procedimiento reglamentario (notificaciones adecuadas de toda decisión relativa a la inclusión en

---

[55] Por ejemplo, en virtud del Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC el empleo de las listas por las entidades de los gobiernos centrales enumeradas en el Anexo 1 del Apéndice I está sometido a controles más rigurosos que tratándose de las entidades de los gobiernos subcentrales enumeradas en el Anexo 2.

[56] En algunos regímenes se permite el recurso a listas de proveedores calificados solo en casos excepcionales, y debe justificarse y autorizarse su utilización. Por ejemplo, en los Estados Unidos, en virtud de la sección 9.202 del Reglamento de adquisiciones federales (*FAR*), cuando se utilizan listas de clasificación, la autoridad contratante debe disponer de una justificación por escrito emitida por el responsable de la autoridad contratante. Asimismo, en Hong Kong, distintos poderes centrales expiden autorizaciones para conformar listas, establecer los criterios de aptitud aplicables a ellas y efectuar las revisiones correspondientes, entre ellos el Secretario Permanente de Medio Ambiente, Transporte y Obras Públicas (Obras Públicas). Las entidades que solicitan dichas autorizaciones deben presentar justificaciones e información sobre la fuente de la que se tomaron los posibles aspirantes, y los criterios de idoneidad, así como el tribunal y método de evaluación. En los regímenes suelen limitarse las entidades que podrían utilizar una lista de inscripción obligatoria. Véase, por ejemplo, el Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC y las directivas en la materia de la UE. En algunos regímenes, se restringe el empleo de listas a determinados sectores, tipos o métodos de contratación.

una lista, reuniones de información, plazos razonables para la adopción de decisiones y disponibilidad de mecanismos de impugnación apropiados)[57].

49. En algunos regímenes la notificación de la existencia de la lista de proveedores sirve de anuncio de los contratos que han de adjudicarse vinculados a la lista. En esos casos suele exigirse que en la notificación de la creación de una lista conste explícitamente ese hecho[58]. En el Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC esto se permite a las entidades que figuran en los Anexos 2 y 3 del Apéndice I (principalmente de carácter provincial, municipal y de servicios públicos), pero no a las entidades enumeradas en el Anexo 1 (la mayoría de las entidades centrales o federales, con excepción de algunas que se ocupan de los servicios públicos y algunas empresas estatales de otros sectores); debe anunciarse cada contrato adjudicable por separado. De forma análoga, en el TLCAN las entidades enumeradas en sus anexos 1001.1a-2 y 1001.1a-3 (empresas gubernamentales y entidades de gobiernos estatales y provinciales) permite lo mismo, aunque las entidades centrales o del Gobierno Federal no están autorizadas para hacerlo[59]. En contraste con la directiva de la UE sobre la adjudicación de contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (2004/18/CE), en que las entidades que se rigen por ella no pueden utilizar las listas con los mismos fines, en la directiva sobre la adjudicación de contratos de servicios públicos (2004/17/CE) se permite a las entidades del sector que den a conocer un sistema de clasificación en sustitución del anuncio de una convocatoria a licitación vinculada al sistema y se dispone que los proveedores aspirantes a un contrato determinado se seleccionen entre los candidatos clasificados con arreglo a tal sistema[60]. En las pautas y normas internacionales de contratación pública de la OCDE y el Banco Mundial no se considera suficiente el anuncio de una lista como forma de convocar a una licitación abierta, de lo que cabe inferir que ello es aceptable en procedimientos de convocatoria restringidos.

---

[57] Algunos de estos requisitos, o todos ellos, se prevén, por ejemplo, en el Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC (artículos VIII a X); en Australia, en la *Financial Management Guidance núm.° 13*, págs. 56 y 57; en Austria, en la Ley Federal de Adjudicación de Contratos de Adquisición de 2002 (sección 129 8)); en el Brasil, en la Ley núm. 8.666 (sección 1, artículo 34); en Chile, en el Reglamento de la Ley 19.886 (artículo 97) (www.chilecompra.cl/portal/centro_informaciones/fr_ley_compras.html); en China, en las Medidas Cautelares del Centro de Contratación Pública de las Autoridades del Gobierno Central que se ocupa de la inscripción de la idoneidad de los proveedores (artículo 12); en Colombia, en la Ley 598; en Costa Rica, en el Decreto núm. 25038-H, Reglamento General de la Contratación Administrativa (sección 3, artículo 59); en la República Checa, en la Ley de Contratación Pública (artículos 76 2) y 77); en Hong Kong, en los Procedimientos de licitación en la contratación pública (Reglamento sobre almacenes y adquisiciones, capítulo III, sección 320 c)); en las directivas de la UE 2004/17/EC (artículos 41 3), 49 5) y 53, y anexo XIV) y 2004/18/EC (artículo 52 6)); en Letonia, en la Ley de Contratación Pública (artículo 7 5) 1); en Mongolia, en la Ley de Contratación Pública (artículo 37); en Serbia, en la Ley de Contratación Pública (artículo 53); en Eslovaquia, en la Ley de Contratación Pública (artículo 28); y en los Estados Unidos, en la Reglamentación de Adquisiciones Federales (9.202 a) 2), 9.204 a), c) y d), y 205).

[58] Véase, por ejemplo, el Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC (artículo IX 9 e)) y la directiva 2004/17/CE de la UE (anexo XIV, párr. 6).

[59] Véase el TLCAN (artículo 1010 5)).

[60] Véase, por ejemplo, la directiva 2004/17/CE de la UE (artículo 53 9)).

A/CN.9/WG.I/WP.45/Add.1

Posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios - cuestiones suscitadas por la utilización de listas de proveedores

ADICIÓN

ÍNDICE

[Los capítulos I y II se publican en el documento A/CN.9/WG.I/WP.45]

Párrafos

III. Posibles revisiones de Ley Modelo y la Guía para la incorporación al derecho interno en lo relativo a la utilización de listas de proveedores: propuestas de reforma 1-29

A. Reglamentación de la cuestión de las listas de proveedores de la Ley Modelo. 1-9

1 Historial de la redacción 1-5

2. Reglamentación de la cuestión en la Ley Modelo 6-9

B. Examen del tema en el sexto período de sesiones del Grupo de Trabajo (Viena, 30 de agosto a 3 de septiembre de 2004). 10-11

C. Propuestas de reforma 12-29

1. Consideraciones generales. 12-17

a) Utilización de listas obligatorias u optativas o de ambas 12-13

b) Publicidad de las listas y no de contratos determinados. 14-15

c) Controles de la utilización de las listas 16-17

2. Sugerencias de redacción. 18-29

a) Ley Modelo 18-28

b) Guía para la incorporación al derecho interno. 29

III. Posibles revisiones de la Ley Modelo y la Guía para la incorporación al derecho interno en lo relativo a la utilización de listas de proveedores: propuestas de reforma

A. Reglamentación de la cuestión de las listas de proveedores de la Ley Modelo

1. Historial de la redacción

1. La Ley Modelo no contiene ninguna disposición expresa sobre la utilización de listas de proveedores. Cuando se redactó, el Grupo de Trabajo de entonces convino en que se mantuvieran al mínimo nivel los requisitos de admisibilidad que excluyeran a determinados tipos de empresas de participar en la licitación, y en que la entidad adjudicadora debía estar en condiciones de aplicar únicamente los requisitos que se enunciaran expresamente en la Ley Modelo sobre Contratación Pública. El Grupo de Trabajo de entonces acordó también mantener al mínimo nivel los procedimientos y formalidades por los cuales la entidad adjudicadora determinaría la admisibilidad de los proveedores o contratistas para participar en un proceso de contratación[1].

2. En la primera versión de la Secretaría figuraba una disposición sobre la utilización de listas de proveedores inscritos (artículo 13)[2]. El proyecto de artículo decía lo siguiente:

> "Artículo 13. *Registros de contratistas y proveedores aprobados*
>
> La entidad contratante podrá utilizar un registro de contratistas y proveedores aprobados como fuente para la selección de los contratistas y proveedores a quienes invitará a presentar ofertas de conformidad con el párrafo 2 del artículo 12 solamente si:
>
> *a)* las solicitudes de inscripción en el registro de los contratistas o proveedores interesados se reciben en cualquier momento y son atendidas dentro de un plazo razonablemente breve;

---

[1] Véase A/CN.9/315, párrafos 36 y 37, reproducidos en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. XX:1989 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.90.V.9), segunda parte, II, A.

[2] El texto se incluyó en la primera versión tras el polémico examen del tema en el décimo período de sesiones del Grupo de Trabajo de entonces (Viena, 17 a 25 de octubre de 1988). Durante ese período de sesiones, por una parte, se señaló que la Ley Modelo sobre Contratación Pública no debería regular las listas de contratistas y proveedores aprobados, porque en la práctica estas se utilizaban únicamente a efectos de contratación pública de ámbito nacional, y en ocasiones se utilizaban indebidamente para excluir a ciertos contratistas o proveedores o a los de determinados países. Por otra parte, la opinión predominante fue que las listas se utilizaban en la contratación pública internacional, por lo que deberían regularse en la Ley Modelo sobre la Contratación Pública. Se señaló que esas listas podían resultar ventajosas para la entidad adjudicadora al permitirle determinar qué contratistas y proveedores eran fiables y competitivos. Se respondió que, para ese fin, había otro medio, que se prestaba menos a abusos. Véase A/CN.9/315, párrafo 44, reproducido en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. XX:1989 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.90.V.9), segunda parte, II, A.

b) para la inscripción en el registro no se aplican criterios de admisibilidad más estrictos que los establecidos en el inciso a) del párrafo 1 del artículo 8 ni criterios de idoneidad más estrictos que los establecidos de conformidad con el artículo 15;

c) la existencia del registro, las condiciones que han de reunir los contratistas y proveedores a fin de ser inscritos en ese registro, los métodos conforme a los que se comprobarán esas condiciones, el período de validez de la inscripción y los trámites de inscripción y de renovación de la inscripción se han dado a conocimiento del público de manera de señalarlos a la atención de los contratistas y proveedores;

d) las condiciones, métodos, trámites y otros asuntos que se mencionan en el inciso c) no establecen ninguna discriminación contra los contratistas y proveedores extranjeros en lo tocante a la inscripción en el registro utilizado para la invitación a la presentación de ofertas en el procedimiento de licitación internacional ni a su oportunidad de participar en ese procedimiento; y

e) la selección por parte de la entidad contratante da a todos los contratistas o proveedores inscritos en el registro iguales oportunidades de ser escogidos."[3]

3. Como se explicó en el comentario relativo a ese artículo: i) el artículo se refería a la utilización de listas como fuente para la selección de los contratistas y proveedores que participarían en el procedimiento de licitación restringida; ii) se imponían varias condiciones, con el objetivo de que la entidad adjudicadora contara con una base suficientemente amplia para hacer su elección, de modo que fueran mayores sus posibilidades de encontrar el contratista o proveedor más idóneo para la contratación, y que el empleo de la lista no obstaculizara una competencia efectiva ni excluyera injustamente a ningún contratista ni proveedor; y iii) el artículo no se había concebido de manera que resultara aplicable al procedimiento de licitación abierta en que las listas pudieran utilizarse como solo uno de esos medios suplementarios para la difusión amplia de información sobre los contratos próximamente adjudicables, y por ello no entrañaba los mismos riesgos que en el procedimiento de licitación restringida[4].

4. Durante el 11º período de sesiones del Grupo de Trabajo de entonces (Nueva York, 5 a 16 de febrero de 1990), única ocasión en que se examinó el proyecto de artículo, se puso en tela de juicio la necesidad y utilidad del proyecto de artículo 13 si no tenía que utilizarse la lista, o si se podía invitar a presentar ofertas a contratistas y proveedores que no figuraran en ella, que eran las cuestiones que habían quedado pendientes en el proyecto de artículo. En aquel período de sesiones, se expresó la opinión de que la utilización de listas de contratistas y proveedores para la convocatoria a presentar ofertas iba en disminución y, en todo caso, esa práctica no debía alentarse porque las listas podían utilizarse de manera que se

---

[3] Véase A/CN.9/WG.V/WP.24, artículo 13, reproducido en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. XXI:1990 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.91.V.6), segunda parte, II, B.

[4] Véase A/CN.9/WG.V/WP.25, párrafo. 1 del comentario sobre el artículo 13, reproducido en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. XXI:1990 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.91.V.6), segunda parte, II, C.

discriminara injustamente a determinados contratistas y proveedores. En favor de mantener el artículo, se argumentó que podía servir para eliminar la incertidumbre sobre si la entidad adjudicadora podría o no emplear dichas listas y que podía contribuir a que el empleo de estas listas se hiciera con equidad y transparencia[5].

5. El proyecto de artículo se suprimió al prepararse la segunda versión de la Ley Modelo. La decisión del Grupo de Trabajo de no incorporar a ella disposiciones sobre las listas de proveedores fue cuestionada posteriormente por algunos Estados y especialistas en contratación pública, que expresaron su preocupación por ello[6].

2. Reglamentación de la cuestión en la Ley Modelo

6. Los criterios, requisitos o procedimientos que utilice la entidad adjudicadora para evaluar la idoneidad de los proveedores o contratistas para participar en el proceso de contratación se enuncian en el artículo 6 de la Ley Modelo[7]. En el párrafo 3 del artículo 6 se dispone que la entidad adjudicadora no impondrá "criterio, requisito o procedimiento alguno" para participar en el proceso de contratación que sea diferente de lo previsto en ese artículo.

7. Como el artículo 6 no se refiere a la inscripción en una lista como requisito que deban cumplir proveedores o contratistas para participar en el procedimiento de contratación pública, con arreglo a la Ley Modelo quedan prohibidas las listas obligatorias de proveedores. En cambio, nada impide a la entidad adjudicadora utilizar listas optativas. Su establecimiento y administración se hallan implícitas en los procedimientos de contratación basados en convocatoria directa.

---

[5] Véase A/CN.9/331, párrafo 62, reproducido en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. XXI:1990 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.91.V.6), segunda parte, II, A.

[6] Véase A/CN.9/376, observaciones de Australia. Reproducido en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. XXIV:1993 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.94.V.16), segunda parte, I, D. Véase también Arrowsmith S., "Harmonization of Public Procurement: an Appraisal of the UNCITRAL Model Law as a Global Standard", International and Comparative Law Quarterly, 2004, vol. 53, núm. 1, págs. 17 a 46.

[7] Este artículo era originalmente el de dos artículos, los artículos 8 y 9, que se ocupaban únicamente de la admisibilidad de los proveedores (requisitos legales básicos) y de su idoneidad para participar en un determinado proceso de contratación pública. Se decidió refundirlos en uno porque ambos regulaban, en lo esencial, lo mismo: la evaluación por la entidad adjudicadora de la capacidad de los contratistas de ejecutar el contrato. El historial de la redacción del artículo 6 figura en los documentos A/CN.9/315, párrafos 35 a 41, reproducido en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. XX:1989 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.90.V.9), segunda parte, II, A; A/CN.9/331, párrafos 45 a 54 y 66 a 71, reproducido en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. XXI:1990 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.91.V.6), segunda parte, II, A; A/CN.9/343, párrafos 93 a 110, reproducido en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. XXII:1991 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.93.V.2), segunda parte, II, A; A/CN.9/359, párrafos 55 a 63, reproducido en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. XXIII:1992 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.94.V.7), segunda parte, III, C; A/CN.9/371, párrafos 54 a 62, reproducido en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. XXIV:1993 (publicación de las Naciones, núm. de venta S.94.V.16), segunda parte, I, A; A/CN.9/389, párrafos 28 y 29 y 84 a 89, reproducido en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. XXV:1994 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.95.V.20), segunda parte, I, A; y A/CN.9/392, párrafos 32 a 37, reproducido en *ibid*., C.

8. La convocatoria directa es posible con arreglo a la Ley Modelo, no solo en la negociación competitiva (artículo 49), la solicitud de cotizaciones (artículo 50) y la contratación con un solo proveedor o contratista (artículo 51) sino también en las solicitudes de propuestas, incluso de servicios (con arreglo a los párrafos 3 del artículo 37 y 2 del artículo 48), en las que puede prescindirse del requisito de publicidad en aras de la economía y la eficiencia. La utilización de listas, tanto obligatorias como optativas, para seleccionar a proveedores o contratistas en estos métodos de contratación es común en la práctica, y en algunos casos puede resultar ciertamente útil y necesario asegurar la transparencia y la equidad en la selección de los proveedores para un determinado contrato si no se requiere publicidad del proceso de contratación pública y no se imponen controles para el empleo de las listas, su utilización para seleccionar a los proveedores en estos procedimientos puede significar en la práctica la exclusión de los proveedores no inscritos, pese a que con arreglo al artículo 6 la inscripción no es condición establecida para participar. De este modo, aunque son oficialmente optativas, las listas resultan, en la práctica, obligatorias, porque los posibles proveedores o contratistas tendrían que figurar en ellas para que se los tuviera en cuenta en el trámite de adjudicación para el que se utilicen.

9. Por lo que atañe a la publicidad de la convocatoria a presentar solicitudes de inclusión en la lista, en vez del anuncio de determinados contratos adjudicables (véase A/CN.9/WG.I/WP.45, párrafo 49), esa publicidad no se permitiría con arreglo a la Ley Modelo en los casos en que se requiriera anunciar todo contrato adjudicable, como en las licitaciones abiertas o en las de dos etapas (conforme al artículo 24 y al párrafo 1 del artículo 46, por remisión al artículo 24, las entidades están obligadas a anunciar la convocatoria a licitación o a precalificación respecto de cada contrato adjudicable) y en las licitaciones restringidas (conforme al párrafo 2 del artículo 47, la entidad adjudicadora debe hacer publicar un aviso de todo proceso de licitación restringida). En otros métodos de contratación en los que es posible la convocatoria directa, la entidad adjudicadora tiene libertad para anunciar la existencia de las listas en lugar de dar publicidad a contratos adjudicables independientes comprendidos en la lista, porque en estos casos no se aplica ningún requisito de dar publicidad a un contrato independiente.

B. Examen del tema en el sexto período de sesiones del Grupo de Trabajo (Viena, 30 de agosto a 3 de septiembre de 2004)

10. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión de las listas de proveedores en su sexto período de sesiones (Viena, 30 de agosto a 3 de septiembre de 2004). En esa ocasión, reconoció que, se consideraran o no compatibles con las metas y objetivos de la Ley Modelo, las listas de proveedores se utilizaban en varios Estados. Convino en que correspondía reconocer su existencia y utilización y someter su empleo a normas mínimas de transparencia. Los objetivos serían establecer una reglamentación que asegurara a los proveedores un acceso a ellas más equitativo y transparente, y lograr una cierta armonización de esa normativa con otros regímenes regionales e internacionales de la contratación pública en que se abordara esa cuestión. Independientemente de todo ello, se convino en que regular el empleo de las listas de proveedores podía ser una manera transparente y no discriminatoria de seleccionarlos en el marco de los métodos de contratación restringidos para los

cuales la Ley Modelo no imponía ningún control respecto de la selección de los proveedores (A/CN.9/568, párrafo 61).

11. El Grupo de Trabajo no llegó a acuerdo sobre las propuestas de reforma, incluidas las relativas a la forma en que las disposiciones sobre la materia podían insertarse en la Ley Modelo propiamente dicha o en la Guía para la incorporación al derecho interno (o, en algunos casos, dejar su ejecución en manos de la normativa nacional de cada Estado), y aplazó hasta un futuro período de sesiones el examen de la cuestión. Sin embargo, el Grupo de Trabajo apoyó resueltamente la utilización de listas de proveedores optativas en lugar de obligatorias, y convino en que se debía dar a todos ellos la posibilidad de i) tener conocimiento de las listas, ii) solicitar en cualquier momento una prueba de aptitud, iii) quedar inscritos en ella en un plazo razonablemente breve (a fin de impedir que, con demoras injustificadas en la inscripción, se redujera de hecho la competencia) y iv) recibir notificación de toda decisión de clausurar una lista o de eliminarlos de la lista. Se convino en que la obligación de dar publicidad a la existencia de las listas sería un factor importante de control sobre su utilización, por lo que su existencia debería anunciarse con una frecuencia razonable o de forma permanente. Además, el Grupo de Trabajo convino en que cuando se volviera a examinar este asunto se abordaran todas las formas de inscripción que vinieran a representar listas de proveedores (incluida la inscripción en una lista llevada por terceros) (A/CN.9/568, párrafos 62 a 67).

C. Propuestas de reforma

1. Consideraciones generales

a) Utilización de listas obligatorias u optativas o de ambas

12. Observando que toda alusión expresa a las listas de proveedores en la Ley Modelo puede indicar que se refrenda su utilización en mayor medida de lo que desearía indicar el Grupo de Trabajo, este podría decidir que, como regla general, se diera carácter optativo a la utilización de listas de proveedores con arreglo a la Ley Modelo, sin excluir el recurso obligatorio a ellas en determinadas circunstancias. Por ejemplo, la relación entre costos y beneficios podría inclinar la balanza a favor del empleo de listas obligatorias en los métodos de contratación pública basados en convocatoria directa. Exigir a la entidad adjudicadora que utilice listas al aplicar esos métodos, siempre que haya mecanismos de control apropiados y manteniendo la posibilidad de que se incorporen a ellas en cualquier momento nuevos proveedores, puede aumentar la transparencia en la selección de proveedores o contratistas con esas modalidades de contratación pública, lo que con arreglo a las disposiciones actuales de la Ley Modelo queda al arbitrio de la entidad adjudicadora. Si el recurso a las listas sigue siendo optativo, seguirá siendo ilimitada la libertad de la entidad adjudicadora para elegir entre distintos métodos para seleccionar a proveedores o contratistas en esas modalidades de contratación pública. Además, el recurso obligatorio a las listas puede resultar justificado e incluso necesario en otros casos, por ejemplo, en las licitaciones electrónicas.

13. Como consideración aparte, cabe decir que algunos Estados tal vez utilicen listas obligatorias con independencia de que se reconozcan o no en la Ley Modelo, por lo que puede ser útil impartir, al menos en la Guía para la incorporación al derecho interno, orientación sobre la forma de hacerlo.

b) Publicidad de las listas y no de contratos determinados

14. Un asunto relacionado con el de las listas obligatorias es el de si la Ley Modelo revisada debería permitir que se anunciara la existencia de una lista en lugar de la próxima adjudicación de determinados contratos comprendidos en ella, y de si en este caso se debería permitir la participación en el proceso únicamente a los proveedores inscritos o a todos. En su sexto período de sesiones, el Grupo de Trabajo acordó volver a examinar esta cuestión en fecha posterior (A/CN.9/568, párrafo 65). Cuando lo haga, el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota del grado considerable de solapamiento entre el funcionamiento de las listas de proveedores que se anuncian en lugar de los distintos contratos incluidos en ellas y los acuerdos marco (estos últimos se examinan en el documento A/CN.9/WG.I/WP.44 y Add.1).

15. En algunos métodos de contratación en que es importante el anuncio de cada contrato adjudicable, la práctica de anunciar una lista en lugar de contratos independientes no resulta adecuada, por lo que no debe autorizarse. En otros casos, por ejemplo, con respecto a las solicitudes de propuestas, exigir que se les dé publicidad por medio de una lista haría más difícil eliminar del todo el requisito de publicidad, lo cual, por ejemplo, es posible actualmente en virtud del párrafo 2 del artículo 48 de la Ley Modelo si ello obedece a razones de eficiencia y economía. Si no existe el requisito de dar publicidad a un determinado contrato, esta modalidad puede fortalecer el sistema, haciendo más transparentes y competitivos los procesos de contratación, ahorrando tiempo y recursos y manteniendo la flexibilidad necesaria en esos métodos de contratación pública.

c) Controles de la utilización de las listas

16. Con independencia de las opciones que propugne el Grupo de Trabajo (listas obligatorias u optativas o ambas), las disposiciones en que se prevean por lo menos controles mínimos de la utilización de listas de proveedores pueden justificarse en cualquier caso, ya sea en la Ley Modelo o en la Guía para la incorporación al derecho interno, para así asegurar la competencia y la transparencia en la administración de las listas para los procedimientos de contratación en que esté implícita su utilización y esta sea, de hecho, necesaria y útil (véase el párrafo 8 *supra*). Podrían utilizarse como modelo las reglas del Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC y transponerse a la Ley Modelo o a la Guía, según proceda, con dicha finalidad y para armonizar ambos instrumentos, teniendo en cuenta toda revisión propuesta del Acuerdo sobre Contratación Pública relativa a esta cuestión. Se deberían imponer controles sustancialmente idénticos a la utilización de todo tipo de lista de proveedores, porque las diferencias prácticas entre ellos son con frecuencia difusas (véanse los párrafos 13 y 16 de A/CN.9/WG.I/WP.45).

17. Tal vez el Grupo de Trabajo decida que bastaría con una norma de control general en el sentido de que la entidad adjudicadora no podrá utilizar listas si con ello se contravienen los objetivos de la Ley Modelo, remitiendo los aspectos detallados a la Guía y a la normativa de ejecución del Estado promulgante. Otra opción sería poder incorporar a la Ley Modelo más medidas detalladas de

control. Para no tener que agregar otro artículo sobre las listas de proveedores y prever las mismas medidas de control en todos los artículos en que se prevé implícitamente la utilización de listas de proveedores, tal vez, en consonancia con el enfoque de los acuerdos de libre comercio bilaterales y multilaterales (véanse los párrafos 41, 42 y 44 del documento A/CN.9/WG.I/WP.45), podrían refundirse las disposiciones pertinentes de los artículos de la Ley Modelo relativos a las condiciones exigibles a proveedores o contratistas y a la precalificación.

2. Sugerencias de redacción

a) Ley Modelo

18. Si se da carácter imperativo a la utilización de listas obligatorias en algunos casos, el Grupo de Trabajo podría decidir modificar el artículo 6 de la Ley Modelo agregando a los criterios, requisitos y procedimientos, a que deberán atenerse los proveedores y contratistas a fin de que se les considere idóneos para participar en el proceso de contratación, el requisito de inscripción en la lista de proveedores aprobados. Cabría agregar la frase "conforme a lo prescrito en la reglamentación de la contratación pública" para dejar en claro que esta inscripción obligatoria podrá exigirse únicamente en los casos estipulados en dicha reglamentación. De este modo, podrá agregarse a la lista que figura en el inciso i) del apartado b) del artículo 6 la frase "y se hallan inscritos en la lista de proveedores aprobados, conforme a lo prescrito en la reglamentación de la contratación pública". Con ello se cumpliría la disposición del párrafo 3 del artículo 6 en el sentido de que "la entidad adjudicadora no impondrá criterio, requisito o procedimiento alguno para evaluar la idoneidad de proveedores o contratistas diferente de los previstos en el presente artículo". Los mecanismos de control de la utilización de las listas podrían ser materia de una disposición aparte.

19. Otra opción sería que el Grupo de Trabajo pudiera decidir introducir disposiciones sobre las listas de proveedores en el artículo 7 (Precalificación), que actualmente permite a la entidad adjudicadora convocar a precalificación en función de cada caso a fin de seleccionar a los proveedores o contratistas idóneos en el marco de cualquier método de contratación previsto en la Ley Modelo. Con algunas enmiendas, podría ampliarse el artículo 7 para reglamentar las listas permanentes de precalificación y la utilización de listas de proveedores por la entidad adjudicadora. Este enfoque puede justificarse por la conveniencia de evitar las repeticiones en el texto, porque los criterios, requisitos y procedimientos señalados en el artículo 7 y, por remisión, en el artículo 6 de la Ley modelo, se aplicarían en gran medida al funcionamiento de las listas de proveedores.

20. En espera de las decisiones del Grupo de Trabajo sobre una serie de cuestiones relativas a la forma de regular las listas de proveedores y la forma de abordar la cuestión conexa del anuncio de listas en lugar de contratos determinados en la Ley Modelo revisada o en la Guía para la incorporación al derecho interno, las sugerencias de redacción siguientes se centran en las medidas de control de la utilización de listas de proveedores. Se prepararon como enmiendas del artículo 7, sobre la base de las consideraciones enumeradas en el párrafo anterior (el texto del artículo 7 se reproduce *infra* en escritura normal y los cambios van subrayados).

"Artículo 7. Precalificación

1) La entidad adjudicadora podrá convocar a precalificación con miras a seleccionar proveedores o contratistas idóneos antes de que se presenten ofertas o propuestas en un proceso de contratación pública con arreglo al capítulo III, al capítulo IV o al capítulo V. Las disposiciones del artículo 6 serán aplicables a la precalificación.

2) La entidad adjudicadora, cuando convoque a precalificación, deberá proporcionar la documentación correspondiente al proveedor o contratista que la solicite de conformidad con la invitación a la precalificación y que haya abonado el precio cobrado por esa documentación. El precio que la entidad adjudicadora podrá cobrar por la documentación de precalificación no podrá exceder del costo de su impresión y su distribución a los proveedores o contratistas.

3) La documentación de precalificación contendrá, por lo menos:

a) La información siguiente:

i) Instrucciones para preparar y presentar las solicitudes de precalificación;

ii) Un resumen de las principales cláusulas y condiciones del contrato que se haya de firmar como resultado del proceso de contratación pública, <u>excepto en el caso de que el trámite de precalificación tenga como única finalidad preparar o mantener una lista permanente de proveedores o contratistas precalificados a efectos de adjudicaciones futuras;</u>

iii) Los documentos probatorios y demás información que deban presentar los proveedores o contratistas para demostrar su idoneidad;

iv) La forma y el lugar de presentación de las solicitudes de precalificación y el plazo para la presentación, con indicación de fecha y hora. El plazo dejará tiempo suficiente a los proveedores y contratistas para preparar y presentar sus solicitudes, teniendo en cuenta las necesidades razonables de la entidad adjudicadora;

v) Cualquier otro requisito que fije la entidad adjudicadora de conformidad con la presente Ley y la reglamentación de la contratación pública en lo relativo a la preparación y presentación de las solicitudes de precalificación y al proceso de precalificación;

b) i) En el procedimiento con arreglo al capítulo III, la información que, según los incisos a) a e), h) y, si ya se conoce, j) del párrafo 1) del artículo 25, deba incluirse en la invitación a presentar ofertas;

ii) En el procedimiento con arreglo al capítulo IV, la información a que se hace referencia en los incisos a), c), si ya se conoce, g), p) y s) del artículo 38; y

<u>c) Si el trámite de precalificación tiene por objeto preparar una lista permanente de proveedores o contratistas precalificados a efectos de adjudicaciones futuras, además de lo indicado en el apartado a), si procede, una declaración en ese sentido, la finalidad de la lista, los tipos de contratación</u>

comprendidos en ella, las condiciones que deberán cumplir los proveedores o contratistas para quedar inscritos en la lista, los métodos con que se verificará el cumplimiento de cada una de esas condiciones, el período de validez de cada inscripción en la lista y los procedimientos para la inscripción y su renovación.

4) La entidad adjudicadora dará respuesta a las solicitudes de aclaración de la documentación de precalificación que reciba de proveedores o contratistas con antelación razonable al vencimiento del plazo fijado para la presentación de las solicitudes de precalificación. La entidad adjudicadora responderá dentro de un plazo razonable que permita al proveedor o contratista presentar a tiempo su solicitud de precalificación. La respuesta a toda solicitud que quepa razonablemente prever que será de interés para otros proveedores o contratistas se comunicará, sin revelar el autor de la petición, a todos los proveedores o contratistas a quienes la entidad adjudicadora haya entregado la documentación de precalificación.

5) La entidad adjudicadora adoptará una decisión respecto de la idoneidad de cada uno de los proveedores o contratistas que se hayan presentado a la precalificación. Para llegar a esa decisión, la entidad adjudicadora aplicará exclusivamente los criterios enunciados en la documentación de precalificación.

6) La entidad adjudicadora comunicará sin demora a cada uno de los proveedores o contratistas que se hayan presentado a la precalificación si ha sido o no seleccionado y, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 9 del presente artículo, dará a conocer a quien lo solicite los nombres de todos los proveedores o contratistas que hayan sido preseleccionados. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 9 del presente artículo, únicamente los proveedores o contratistas preseleccionados podrán seguir participando en el proceso de contratación pública.

7) La entidad adjudicadora comunicará los fundamentos de su decisión a los proveedores o contratistas que no hayan sido preseleccionados y que lo soliciten, sin estar por ello obligada a precisar los motivos ni indicar las razones de su decisión.

8) La entidad adjudicadora podrá exigir al proveedor o contratista preseleccionado que vuelva a demostrar su idoneidad con arreglo a los mismos criterios que se utilizaron para preseleccionarlo. La entidad adjudicadora descalificará al proveedor o contratista que no vuelva a demostrar su idoneidad pese a haber sido requerido a hacerlo. La entidad adjudicadora notificará sin demora a cada proveedor o contratista de quien se exija que vuelva a demostrar su idoneidad si ha logrado o no hacerlo a satisfacción de la entidad adjudicadora.

9) Las listas de proveedores o contratistas precalificados que se hayan preparado de conformidad con el presente artículo [podrán] [deberán] [podrán y en los casos indicados en la reglamentación de la contratación pública promulgada con arreglo al artículo 4 de la presente Ley, deberán] ser utilizadas por la entidad adjudicadora para seleccionar a los proveedores o contratistas en futuros procedimientos de contratación [realizados conforme a los artículos 47

y 49 a 51, en los procedimientos basados en convocatoria directa con arreglo al párrafo 3 del artículo 37 y el párrafo 2 del artículo 48, y en otros casos según se prescriba en la reglamentación de la contratación pública], siempre que dicha utilización se ajuste a los objetivos de la Ley Modelo, y:

a) La lista y la convocatoria a precalificación para la inclusión en aquélla, que contendrá como mínimo la información prevista en el apartado c) del párrafo 3 *supra*, se publicarán [por lo menos [anualmente]] [periódicamente][continuamente];

b) Todo proveedor o contratista interesado podrá quedar incluido en la lista en cualquier momento, y la inscripción se realizará en un período razonablemente breve;

c) Deberá notificarse a todos los proveedores o contratistas incluidos en la lista la clausura de esta o su exclusión de ella, y si lo solicita el proveedor o contratista interesado, los motivos de la exclusión;

d) Se permitirá a los proveedores o contratistas que lo soliciten participar en un determinado procedimiento de contratación y se los reconocerá como participantes. [Si se requiere estar inscrito en la lista para participar en el procedimiento de adjudicación, deberá permitirse participar en él a los proveedores o contratistas que no figuren en la lista, siempre que haya tiempo suficiente para concluir el trámite de calificación o que exista la posibilidad de aplazarlo para una etapa posterior del procedimiento de contratación]. El número de proveedores o contratistas adicionales a quienes se permita participar estará supeditado únicamente a la necesidad de mantener la eficacia del sistema de contratación;

e) [Si una convocatoria a precalificación para la inclusión en la lista constituye una convocatoria a participar en un procedimiento de contratación pública basado en esa lista, se seleccionará a los proveedores o contratistas de entre los inscritos en ella. En la convocatoria a presentar solicitudes de inclusión en la lista figurará una declaración al efecto y se indicará también que constituye una convocatoria a participar en todos los procedimientos de contratación pública comprendidos en la lista. En estos casos, la lista permanecerá en vigor por un período no superior a [un] año]".

21. Los cambios propuestos en los párrafos anteriores al nuevo párrafo 9 tienen por objeto regular expresamente los procedimientos de precalificación previstos en el artículo 7 en relación con las listas de proveedores. En este contexto, dichos procedimientos podrán iniciarse con fines que se refieran exclusivamente a las listas de proveedores (su elaboración y actualización, incluida la adición de nuevos proveedores), o a fin de seleccionar candidatos precalificados para un determinado procedimiento de contratación en que la elaboración o la actualización de las listas de proveedores sean simultáneas. Las enmiendas propuestas del inciso ii) del apartado a) del párrafo 3 obedecen a que el grado de detalle de los documentos de precalificación en estas dos situaciones sería diferente.

22. La primera enmienda propuesta del párrafo 6 se hizo teniendo en cuenta los distintos requisitos en materia de publicidad aplicables a las listas de proveedores que figuran en el párrafo 9 propuesto. La segunda modificación se introdujo para excluir la aplicación a las listas de proveedores de la parte del párrafo conforme a la

cual únicamente los proveedores o contratistas precalificados tienen derecho a seguir participando en los procedimientos de adquisición en que la precalificación sea obligatoria. Está pendiente la decisión del Grupo de Trabajo la cuestión de si la utilización de listas permanentes de proveedores seguiría siendo optativa o pasaría a ser obligatoria en algunas condiciones, como las que justifican el recurso a métodos de contratación no competitivos (véanse, por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 19 y los artículos 20 y 22 de la Ley Modelo) o las que pudieran disponerse en la reglamentación de la contratación pública (a fin de abarcar, además, los casos de la utilización de listas obligatorias de proveedores aprobados en las licitaciones electrónicas). Conforme a la redacción actual de las propuestas de apartados d) y e) del párrafo 9, en el contexto de las listas de proveedores, la admisibilidad de proveedores o contratistas para participar en procedimientos de contratación futuros se regula de manera distinta que en el actual párrafo 6 del artículo 7 de la Ley Modelo.

23. En el párrafo 9 propuesto se prevén medidas de control para el funcionamiento de las listas, como el requisito de que se divulguen y se dé acceso a ellas en todo momento a los proveedores o contratistas interesados. La redacción del texto entre corchetes del encabezamiento del propuesto párrafo 9 dependerá de la decisión del Grupo de Trabajo respecto de si se debe o no autorizar a la entidad adjudicadora para que utilice listas o si se podrá también exigirle que lo haga en algunos casos.

24. la redacción de los apartados a) a e) propuestos se basa en las disposiciones aplicables del Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC y los instrumentos regionales y bilaterales de libre comercio. En el apartado d) propuesto se prevé una salvaguardia importante contra el favoritismo, la exclusión y la discriminación en la administración de las listas. Con el texto entre corchetes de ese apartado se pretende regular el funcionamiento de las listas obligatorias. En él se prevén salvaguardias para quienes no figuren en ellas, en particular los proveedores extranjeros que tengan interés en participar en un procedimiento de contratación pública para el que se requiere estar inscrito en la lista.

25. Tal vez el Grupo de Trabajo desee también examinar si en el apartado d) se debe prever, además, para todos los proveedores que figuren en la lista la igualdad de posibilidades de ser seleccionados para participar en un procedimiento de contratación determinado, como en las disposiciones que figuran en el apartado e) del antiguo proyecto de artículo relativas a las listas de proveedores propuesto en 1989 (véase el párrafo 2 *supra*). Otra posibilidad consiste en que el Grupo de Trabajo decida que esta medida de control ya se refleja con suficiencia por remisión a los objetivos de la Ley Modelo en el encabezamiento del proyecto de artículo 9 propuesto.

26. El apartado e) propuesto abarca las situaciones en que el anuncio de la lista lo es también de todos los procesos de contratación comprendidos en ella. Está vinculado al texto entre corchetes del apartado d) propuesto, porque este mecanismo sería posible únicamente en el caso de las listas obligatorias. Los métodos de contratación que se verían afectados por los cambios propuestos son principalmente aquéllos en que no se requiere publicidad de contratos adjudicables independientes. Compete a la entidad adjudicadora anunciarlos por separado o por medio de la divulgación de las listas. El apartado e) propuesto no modifica nada a este respecto, salvo que, como opción diferente a la de no publicitar nada en

absoluto, exige que se dé publicidad a las listas y por ello agrega transparencia al proceso. En él se prevén algunas salvaguardias importantes concebidas expresamente para este mecanismo. La primera se refiere al contenido del anuncio de la lista, en el que además de presentarse toda otra información que deba incluirse conforme al apartado a) propuesto, se ha indicado expresamente que i) el anuncio constituye una convocatoria a participar en todos los procedimientos de contratación comprendidos en la lista, y ii) la selección de los proveedores o contratistas para un determinado proceso de contratación comprendido en la lista se hará exclusivamente entre quienes figuren en ella. La segunda salvaguardia se refiere al período de validez de la lista. Por su carácter exclusivo, limitar el período de validez de este tipo de listas es más importante que en el caso de aquéllas a que se refiere el apartado d) propuesto, porque el acceso a procesos de contratación futuros de los proveedores o contratistas que no figuran en estas últimas no queda restringido o lo está menos. El período de validez de las listas se debe examinar conjuntamente con los requisitos de publicidad previstos en el apartado a).

27. El párrafo 9 propuesto también tiene por objeto regular la utilización por la entidad adjudicadora de las listas de proveedores preparadas y administradas por terceros, por ejemplo otra entidad adjudicadora o una autoridad designada en un sistema centralizado. El empleo de estas listas quedaría autorizado con arreglo al párrafo propuesto si en su elaboración y mantenimiento se aplicaran las medidas de control impuestas en virtud del párrafo 9 propuesto. Tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar si se deben imponer otros controles en dichos casos; por ejemplo, podría exigirse a la entidad adjudicadora que revelara si otros organismos utilizarán la lista y divulgara sus nombres (véase A/CN.9/WG.I/WP.45, párrafo 20).

28. Si en el artículo 7 se incorporan disposiciones relativas a las listas de proveedores, como se ha propuesto, se requerirán modificaciones del artículo 6 de la Ley Modelo, el cual, conforme al párrafo 1 del artículo 7, se aplica a los procedimientos de precalificación. Estas enmiendas, en particular las de los apartados a) y b) (disposiciones del encabezamiento) del párrafo 1 y el párrafo 2 del artículo 6, tendrían por objeto extender la aplicación del artículo 6 de la calificación y la precalificación en función de cada contrato adjudicable a una lista de precalificación permanente. Ello podría lograrse insertando donde correspondiera las referencias a una lista permanente de proveedores o contratistas precalificados.

b) Guía para la incorporación al derecho interno

29. El texto de la Guía podría decir lo siguiente:

> "1. En diversos ordenamientos y para distintos fines se prevén diversos tipos de listas que deben contener información sobre proveedores o contratistas a los que pueda recurrirse en más de un proceso de contratación pública (a menudo llamadas "listas de proveedores 'idóneos' o 'aprobados'" o "listas o registros de proveedores"). Lo más frecuente es que se utilicen para establecer la precalificación de los proveedores o contratistas a fin de que participen en los procesos de contratación comprendidos en la lista. Los medios electrónicos de comunicación y la contratación por vía electrónica han aumentado y diversificado su utilización y su valor.

2. El funcionamiento de las listas de proveedores, aunque reporta algunos beneficios, como la reducción de los gastos y del tiempo que requiere establecer la idoneidad de los proveedores en una determinada contratación pública, y pese a que son hasta cierto punto indispensables en algunas técnicas de contratación, pueden resultar muy anticompetitivos, por lo que las listas deben estructurarse y supervisarse atentamente, en particular para que puedan someterse a controles de verificación de competencia y transparencia. Los Estados promulgantes deben saber que las listas son a menudo objeto de apelaciones, porque las reglas de su funcionamiento pueden considerarse demasiado restrictivas (con lo que limita el acceso a ellas, la competencia y la transparencia), o difíciles de aplicar y mantener. Los problemas con que se tropieza comúnmente para mantener las listas son la obsolescencia de la información que contienen, que no siempre refleja necesariamente los cambios en cuanto a la capacidad de los posibles proveedores ni en los demás datos en que se hubiera basado la inscripción en ellas. A consecuencia de ello, podrían adjudicarse contratos a proveedores o contratistas que no reunieran las condiciones para ejecutar el contrato, o excluirse a otros idóneos. Este riesgo se ve atenuado por el examen permanente de la situación de los proveedores inscritos. Sin embargo, en el caso de una lista muy extensa de proveedores, entre los cuales solo unos cuantos serán considerados idóneos para participar en un determinado proceso de contratación, este examen podría resultar caro tanto para los proveedores como para la entidad adjudicadora. Además, los Estados promulgantes deben tener presente el posible efecto de segmentación del mercado que surtirían las listas de proveedores: por ejemplo, es posible que contratos de una cuantía determinada se adjudiquen siempre a licitantes que tengan un nivel de clasificación correspondiente en la lista; este efecto puede agravarse con las diversas políticas socioeconómicas y conexas de los Estados (por ejemplo, los programas de adjudicación reservada) aplicables al funcionamiento de la lista.

3. La relación entre los costos y los beneficios en la utilización de las listas se ve afectada por muchos factores, como el carácter de los mercados, las adquisiciones de que se trate, el grado de capacitación y las aptitudes de los encargados de la contratación pública y el grado de transparencia de la administración pública en un determinado ordenamiento en general. Este balance puede variar en los distintos Estados promulgantes, y también según la entidad adjudicadora y el tipo de contratación pública de que se trate. Los costos de las listas superan por lo general los beneficios si estas surten el efecto de marginar a los proveedores o contratistas de los contratos que estén sujetos a licitación competitiva después de anunciarse. Además, los objetivos de la adopción de listas de proveedores pueden lograrse de manera más eficaz y económica por otros medios, por ejemplo, procediendo a la precalificación en función de cada contrato cuando éstos sean de gran envergadura o complejos; en otros casos, mediante la verificación posterior de la idoneidad de un proveedor elegido; o por medio de acuerdos marco. En cambio, en el caso de los contratos adjudicables de cuantía reducida, pude ser ventajoso contar con un sistema eficaz y transparente para administrar las listas de proveedores, porque ello elimina la necesidad de verificar la idoneidad de los proveedores en toda adquisición de cuantía menor. En algunos casos, las listas

de proveedores pueden ser indispensables, por ejemplo para garantizar el buen funcionamiento y la seguridad de la contratación por vía electrónica, o cuando sirven de plataforma para utilizar técnicas de adquisición electrónica como los catálogos electrónicos o los sistemas dinámicos de adquisición.

4. Prever la difusión eficaz y amplia de información sobre la existencia y el funcionamiento de las listas de proveedores es indispensable para evitar que repercutan negativamente en la competencia y para asegurar que se utilicen de manera transparente y no discriminatoria. Manteniendo el acceso a las listas para los proveedores nuevos y procurando que las solicitudes nuevas se tramiten con rapidez se evitan las prácticas de exclusividad en el funcionamiento de las listas. En el contexto concreto de las listas de proveedores, la inscripción en las cuales es obligatoria para participar en el proceso de contratación, es importante que se tenga presentes a los proveedores no inscritos si se dispone de tiempo suficiente para llevar a término el trámite de inscripción o si se puede aplazarla hasta la etapa previa a la adjudicación. Estas salvaguardias son especialmente importantes en el contexto de los procesos transfronterizos de contratación. La actualización periódica de las listas, verificando en particular que la información se mantiene al día y que se elimine de ellas a los proveedores y contratistas inscritos que ya no son idóneos asegura la eficacia de su funcionamiento.

5. Por esta razón, varios instrumentos regionales e internacionales imponen medidas de control en la utilización de las listas. Entre estas cabe señalar el requisito de que se dé a todos los proveedores la posibilidad de: i) recibir información sobre la existencia de las listas y sobre los criterios, reglas y procedimientos aplicables, ii) solicitar su inscripción en cualquier momento, iii) quedar inscritos en un plazo razonablemente breve, iv) ser avisados de toda decisión respecto de su inscripción en la lista, de la clausura de esta o de su exclusión de ella, y v) ser seleccionados para participar en pie de igualdad en los procesos de contratación pública comprendidos en la lista. Además, en virtud de estas medidas de control se exige que los requisitos para quedar inscrito en la lista sean objetivos, no discriminatorios, transparentes y proporcionados, así como que se evalúen con objetividad y que exista un mecanismo para la revisión y la impugnación formal de los requisitos y procedimientos aplicables.

6. Las medidas de control previstas en estos instrumentos deben considerarse como las mínimas necesarias que debe incorporar el Estado promulgante a su régimen de la contratación pública. Deben aplicarse a todos los tipos de lista (optativas u obligatorias, y oficiales u oficiosas), porque en la práctica las diferencias entre los diversos tipos de listas no son siempre nítidas: un registro supuestamente optativo puede transformarse con facilidad en obligatorio, y lo que servía para fines de información o como lista de direcciones podría utilizarse para la precalificación de los proveedores. El mayor peligro radica en la utilización subrepticia de listas oficiosas como listas de precalificación o selección previa de los posibles proveedores o contratistas.

7. En la contratación electrónica, viene resultando más fácil asegurar que en las listas de proveedores se cumplan las normas internacionalmente aceptadas. Se suministra más información al público en general, lo que contribuye a la transparencia en la utilización de las listas. Estas se hacen más accesibles a los proveedores, incluso de un país a otro, lo que reduce el riesgo de prácticas desfavorables para la competencia y de exclusión. La actualización rápida y fácil de la información de la lista, incluso mediante autoinscripción, autoclasificación, o autocertificación de los proveedores y mediante enlaces con otros registros (lo que permite verificar el cumplimiento de las obligaciones fiscales, en materia de licencias y de otro tipo), asegura que pueda efectuarse una revisión permanente y menos costosa de los datos de la lista y de su exactitud, así como la adición de nuevos proveedores. También se requieren controles apropiados como los que se señalan más arriba en el caso de las listas electrónicas de proveedores. Sin embargo, si se sobrecargan de exigencias, estas listas electrónicas pueden convertirse en factores disuasorios de la participación, lo cual limitaría la competencia.

8. En los procedimientos de licitación abiertos podrían utilizarse únicamente listas optativas como medio suplementario para convocar a presentar ofertas o como fuente de información sobre los proveedores en la etapa de verificación de su idoneidad. [Las observaciones suplementarias y el grado de detalle dependerían de la decisión del Grupo de Trabajo sobre cómo habrían de regularse las listas de proveedores en la Ley Modelo, y de la cuestión conexa de la publicación de un anuncio de la lista como convocatoria a participar en los procedimientos de contratación pública comprendidos en ella.]”

IV. DERECHO DEL TRANSPORTE

A. Informe del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) sobre la labor de su 16º período de sesiones

(A/CN.9/591) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
	Introducción	1-7
I.	Deliberaciones y decisiones	8
II.	Preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías	9-239
	Vía judicial - Capítulo 16	9-84
	Proyecto de artículo 75. Acciones contra el porteador	10-17
	Presentación del Convenio sobre la elección de Foro de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado	18
	Proyecto de artículo 76. Acuerdos de jurisdicción o competencia exclusiva	19-40
	Proyecto de artículo 77. Acciones contra una parte ejecutante marítima	41-44
	Proyecto de artículo 78. Ningún foro competente adicional	45-46
	Proyecto de artículo 79. Embargo y medidas cautelares	47-52
	Proyecto de artículo 80. Consolidación y traslado de las actuaciones	53-59
	Proyecto de artículo 81. Acuerdo concertado a raíz de la controversia	60-64
	Propuesta de nuevo párrafo 2 del proyecto de artículo 81	65-69
	Propuesta de nuevo proyecto de artículo 81 *bis*: Reconocimiento y ejecución	70-72
	Propuesta de texto revisado para el capítulo relativo a la vía judicial	73-84
	Vía arbitral - Capítulo 17	85-103
	Proyecto revisado para el capítulo sobre la vía arbitral	95-103
	Obligaciones del cargador - Capítulo 8	104-187
	Proyecto de artículo 28. Entrega de las mercancías para su transporte	109-120
	Proyecto de artículo 29. Obligación del porteador de facilitar información e instrucciones	121-127
	Proyecto de artículo 30. Obligación del cargador de facilitar información, instrucciones y documentos	128-135
	Proyecto de artículo 31. Fundamento de la responsabilidad del cargador	136-153
	Proyecto de artículo 32. Falsedad en lo declarado por el cargador	154-156
	Proyecto de artículo 33. Reglas especiales aplicables a las mercancías peligrosas	157-170
	Proyecto de artículo 34. Asunción de los derechos y obligaciones del cargador	171-175

Proyecto de artículo 35. Responsabilidad subsidiaria del cargador 176-180
Proyecto de artículo 36. Extinción de la responsabilidad del cargador 181-183
Proyecto de artículo 18. Responsabilidad del porteador por no haber facilitado información e instrucciones 184-187
Entrega de las mercancías - Capítulo 10, con inclusión del período de responsabilidad del porteador (proyecto de artículo 11) y del párrafo 2 del proyecto de artículo 14 188-239
Proyecto de artículo 11. Período de responsabilidad del porteador 190-208
Proyecto de artículo 46. Obligación de aceptar la entrega 209-219
Proyecto de artículo 47. Obligación de acusar recibo 220-222
Proyecto de artículo 48. Entrega en caso de no haberse emitido ni título de transporte negociable ni documento electrónico de transporte negociable 223-230
Proyecto de artículo 49. La entrega, caso de haberse emitido un título de transporte negociable o un documento electrónico de transporte negociable 231-239
III. Otros asuntos 240-244
Calendario de los períodos de sesiones 17º y 18º 240-241
Planificación de la labor futura 242-244

Introducción

1. En su 34º período de sesiones, celebrado en 2001, la Comisión estableció el Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) y le encomendó la labor de preparar, en estrecha colaboración con las organizaciones internacionales interesadas, un instrumento legislativo sobre cuestiones relacionadas con el transporte internacional de mercancías, entre ellas el ámbito de aplicación del futuro instrumento, el período de responsabilidad del porteador, las obligaciones de este y su régimen de responsabilidad, las obligaciones del cargador y los documentos de transporte[1]. El Grupo de Trabajo inició sus deliberaciones acerca de la preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías en su noveno período de sesiones, celebrado en 2002. La recopilación más reciente de referencias históricas relativas a los antecedentes legislativos del proyecto de instrumento figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.48.

2. El Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte), integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 16º período de sesiones en Viena del 28 de noviembre al 9 de diciembre de 2005. Asistieron al período de sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argelia, Argentina, Australia, Austria, Belarús, Brasil, Camerún, Canadá, China, Colombia, Croacia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, India, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Marruecos, México, Nigeria, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa,

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17* y corrección (A/56/17 y Corr.3), párrafo 345.

República de Corea, Singapur, Suecia, Suiza, Tailandia, Túnez, Turquía y Venezuela (República Bolivariana de).

3. También asistieron observadores de los siguientes Estados: Cuba, Dinamarca, Filipinas, Finlandia, Grecia, Indonesia, Iraq, Kuwait, Letonia, Noruega, Nueva Zelandia, Países Bajos, Panamá, Perú, República Dominicana, Rumania y Senegal.

4. Asistieron, además, observadores de las siguientes organizaciones internacionales:

a) Sistema de las Naciones Unidas: Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y Comisión Económica para Europa (CEPE);

b) Organizaciones intergubernamentales invitadas por la Comisión: Comisión Europea, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Consejo de la Unión Europea y Organización Intergubernamental para el Transporte Internacional por Ferrocarril (OTIF);

c) Organizaciones no gubernamentales internacionales invitadas por la Comisión: Asociación de Transporte Multimodal Internacional (IMMTA), Asociación Europea de Estudiantes de Derecho, Association of American Railroads (AAR), Cámara de Comercio Internacional (CCI), Cámara Naviera Internacional, Comité Internacional de Transportes Ferroviarios (CIT), Comité Marítimo Internacional (CMI), Consejo Marítimo Internacional y del Báltico (BIMCO), European Shippers' Council, Federación Internacional de Asociaciones de Expedidores de Carga y Grupo Internacional de Asociaciones de Protección e Indemnización.

5. El Grupo de Trabajo eligió a los siguientes integrantes de la Mesa:

Presidente: Sr. Rafael Illescas (España)

Relator: Sr. Walter de Sá Leitão (Brasil)

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

a) Programa provisional anotado (A/CN.9/WG.III/WP.48);

b) Una nota preparada por la Secretaría en la que figuraba una segunda revisión del proyecto de instrumento (A/CN.9/WG.III/WP.56);

c) Información sobre la vía judicial y el arbitraje presentada por la delegación de Dinamarca durante el 15º período de sesiones (A/CN.9/WG.III/WP.49) y una nota acerca de la información sobre el ámbito de aplicación y la autonomía contractual de las partes presentada por la delegación de Finlandia durante el 15º período de sesiones (A/CN.9/WG.III/WP.51);

d) Información sobre el derecho de control presentada en nombre de la delegación de Noruega durante el 15º período de sesiones (A/CN.9/WG.III/WP.50/Rev.1);

e) Información sobre la transferencia de derechos presentada por la delegación de Suiza durante el 15º período de sesiones (A/CN.9/WG.III/WP.52);

f) Un diagrama para la comparación de los niveles de limitación de la responsabilidad del porteador entre los países (A/CN.9/WG.III/WP.53);

g) Una propuesta de los Países Bajos sobre el arbitraje (A/CN.9/WG.III/WP.54);

h) Información sobre las obligaciones del cargador presentada por la delegación de Suecia (A/CN.9/WG.III/WP.55);

i) Información sobre la entrega de las mercancías presentada por la delegación de los Países Bajos (A/CN.9/WG.III/WP.57);

j) Una propuesta de los Estados Unidos de América acerca de la inclusión del término "puertos" en el artículo 75 del capítulo dedicado a la vía judicial en el proyecto de convenio (A/CN.9/WG.III/WP.58);

k) Observaciones del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte acerca del arbitraje (A/CN.9/WG.III/WP.59).

7. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Elección de la Mesa;
2. Aprobación del programa;
3. Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías;
4. Otros asuntos;
5. Aprobación del informe.

I. Deliberaciones y decisiones

8. El Grupo de Trabajo prosiguió el examen del proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías (en adelante, "el proyecto de instrumento") tomando como base el texto que figura en los anexos de una nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.III/WP.56) y examinó varias propuestas, entre ellas la de los Países Bajos, sobre el arbitraje (A/CN.9/WG.III/WP.54), y la de los Estados Unidos de América, sobre la inclusión del término "puertos" en el artículo 75 del capítulo dedicado a la vía judicial en el proyecto de convenio (A/CN.9/WG.III/WP.58). Se pidió a la Secretaría que, sobre la base de las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo, preparara un proyecto revisado sobre varias disposiciones. Las deliberaciones y conclusiones se recogen en la sección II *infra*.

II. Preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías

Vía judicial - Capítulo 16

9. Se recordó al Grupo de Trabajo que había examinado por primera vez el capítulo del proyecto de convenio relativo a la vía judicial en su 14º período de sesiones (véase A/CN.9/572, párrs. 110 a 150) y, más recientemente, en su 15º período de sesiones (véase A/CN.9/576, párrs. 110 a 175). El debate sobre las disposiciones referentes a la vía judicial se basó en el texto que figura en los anexos I y II del documento A/CN.9/WG.III/WP.56.

Proyecto de artículo 75. Acciones contra el porteador

Inclusión del texto del párrafo c) relativo a los "puertos"

10. Se reiteró la opinión de que el puerto de carga y el puerto de descarga deberían figurar como factores de conexión apropiados en los que basar la jurisdicción para toda acción judicial contra el porteador en virtud del proyecto de artículo 75 (véanse A/CN.9/572, párr. 128; A/CN.9/576, párr. 121, y A/CN.9/WG.III/WP.58).

11. Las delegaciones apoyaron en general la propuesta de eliminar los corchetes del párrafo c) del proyecto de artículo 75 y de retener su texto. Se sostuvo que la inclusión del puerto en el que se cargaban inicialmente las mercancías en un buque y del puerto en el que se descargaban definitivamente dichas mercancías como bases suplementarias para la jurisdicción revestía particular importancia en el contexto de los contratos de transporte de puerta a puerta, pues beneficiaba tanto al porteador como al propietario de la carga. Se afirmó que en general el porteador preferiría ser demandado en uno de los puertos de tránsito y no en un lugar sin litoral en el que un agente se hiciera cargo de las mercancías o las entregara, mientras que el demandante tendría la opción de entablar una acción contra el porteador en el puerto concreto en que, por ejemplo, se produjera un daño, si consideraba beneficioso proceder así. Se aclaró que si bien la inclusión de los puertos en la lista de lugares en que podrían ejercitarse acciones judiciales contra el porteador no garantizaba que la demanda sería presentada en el puerto, su exclusión haría imposible entablar una demanda en un puerto.

12. Los partidarios de la propuesta de incluir los puertos como criterio de jurisdicción conforme al proyecto de artículo 75 mencionaron varias ventajas. Una de ellas radicaría en que, ya que era más probable que los daños o las pérdidas se produjeran en un puerto, porque era allí donde se manipulaba la carga, sería más conveniente que la demanda se tramitara en el puerto en que se hubiera producido la pérdida o el daño, pues ello facilitaría a todas las parte el acceso a los testigos y a otras pruebas. Otra ventaja consistiría en que, conforme al proyecto de artículo 77, el puerto podría ser el único lugar en que el demandante de la carga podría entablar una acción única a la vez contra el porteador y contra la parte ejecutante, con lo que se podría evitar una multiplicidad de acciones judiciales. Además, se afirmó que el párrafo c) del proyecto de artículo 75 permitía al porteador demandado reclamar una contribución o indemnización a la parte ejecutante que hubiera actuado con negligencia en el marco de la misma acción. Asimismo, se señaló que los puertos ofrecerían un foro atractivo a las partes litigantes, dado que los abogados que ejercieran y los jueces que presidieran los tribunales en ciudades situadas cerca de puertos tenían más probabilidades de tener conocimientos marítimos, especialmente si se comparaban con los abogados y jueces de tribunales de ciudades sin litoral. Se añadió también que, en algunos ordenamientos jurídicos, la exclusión de la posibilidad de ejercitar una acción en un puerto podría obstaculizar la capacidad del tribunal de tramitar todos sus pleitos y, por ejemplo, de facilitar la consolidación de acciones sobre casos con grandes pérdidas.

13. Menos numerosas fueron las delegaciones que se opusieron a la inclusión de la cláusula sobre los puertos por estimar innecesario ampliar el número de jurisdicciones al que tuviera acceso un demandante. Algunas delegaciones reiteraron la opinión expresada ya en anteriores períodos de sesiones del Grupo de Trabajo de que el capítulo relativo a la vía judicial era innecesario en su totalidad, y algunas de ellas

sugirieron que las partes mercantiles disponían de igual poder de negociación y simplemente subrogarían sus demandas a sus aseguradores. Frente a este argumento se afirmó que el proyecto de artículo 75 tenía la finalidad de ser una regla supletoria y que los debates ulteriores que se celebraran en el Grupo de Trabajo sobre la autonomía contractual de las partes incluirían deliberaciones sobre la elección del foro en situaciones en que las partes tuvieran un idéntico poder de negociación. Según otras opiniones, la inclusión de los puertos en el párrafo c) del proyecto de artículo 75 restaría certidumbre a las disposiciones sobre jurisdicción del proyecto de convenio.

Puerto de carga o descarga efectivo o contractual, y puertos de refugio

14. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión general de si, en el párrafo c) del proyecto de artículo 75, el término "puertos" debía referirse a los puertos en que se realizaban efectivamente la carga y la descarga de las mercancías, o si debía referirse a los puertos contractuales. Un gran número de delegaciones sostuvo que en el proyecto de artículo debía hacerse referencia a los puertos efectivos de carga y descarga. Se señaló que si bien en muchos casos ambos tipos de puerto podían coincidir, podrían darse casos en que, por ejemplo, tratándose de un puerto de refugio, el lugar contractual de descarga no coincidiera con el puerto en que se efectuara efectivamente la descarga. Otro ejemplo que se dio fue el de la práctica seguida en el transporte multimodal, en que, por razones operativas, un porteador podría preferir utilizar, para la descarga, un puerto que no fuera el puerto contractual, a fin de aprovechar otro posible medio de transporte que trasladaría las mercancías al consignatario con mayor rapidez o a un costo inferior. Además, se expresó la opinión de que el contrato de transporte podía prever únicamente la entrega en un puerto de una determinada zona, o incluso no especificar ningún puerto, con lo cual el concepto de puerto contractual de descarga no ofrecería la certeza deseada con respecto a las posibles bases de la jurisdicción.

15. Se formularon algunas sugerencias relativas a la redacción para dar mayor claridad al proyecto de párrafo en lo relativo a los puertos. Una de ellas fue que se utilizaran las expresiones "carga inicial" y "descarga definitiva", a fin de ajustarse a las expresiones empleadas en el párrafo 6 del proyecto de artículo 11. Por otra parte, se advirtió que no convenía emplear terminología en la que se mezclaran los conceptos de puerto contractual y puerto de carga o descarga efectivo, pues podría causar confusión, por ejemplo con respecto a las disposiciones sobre el ámbito de aplicación del párrafo 1 del artículo 2 de las Reglas de Hamburgo.

Otros aspectos del proyecto de artículo 75

16. El Grupo de Trabajo se ocupó también de otros dos aspectos del proyecto de artículo 75. El primero de ellos fue si el Grupo de Trabajo estaba en condiciones de adoptar una decisión entre las variantes entre corchetes que figuraban en el párrafo d) del proyecto de artículo 75. Si bien inicialmente algunas delegaciones expresaron su preferencia por el verbo "indicado", por estimar que propiciaba menos incertidumbre que "estipulado", se convino en que para adoptar una decisión al respecto habría que esperar hasta que el Grupo de Trabajo hubiera examinado los acuerdos de elección de foro. En segundo lugar, se expresaron reservas sobre la definición de la expresión "domicilio" en el proyecto de párrafo 1 aa), dado que en

el derecho interno de algunos Estados, el "domicilio legal" podía ser tanto la oficina central como una filial.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 75

17. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Se suprimieran los corchetes del párrafo c) del proyecto de artículo 75 y se mantuviera el texto en ellos contenido;
- Se pidiera a la Secretaría que mejorara el enunciado del párrafo c), procurando lograr una mayor coherencia con otras disposiciones pertinentes, como el párrafo 6 del proyecto de artículo 11, que dejara en claro su referencia a los puertos de carga y de descarga efectivos, y que, de ser posible, excluyera expresamente los puertos de refugio; y
- Se pidiera a la Secretaría que efectuara los ajustes necesarios en la definición de domicilio, en el párrafo aa) del proyecto de artículo 1, a fin de ofrecer certeza en lo que respecta a la expresión "domicilio legal".

Presentación del Convenio sobre la elección de foro de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado

18. La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado hizo una exposición ante el Grupo de Trabajo sobre las principales disposiciones del recién aprobado Convenio sobre acuerdos de elección de foro, de 2005 (en adelante, el Convenio sobre la elección de foro). Se recordó al Grupo de Trabajo que el Convenio sobre la elección de foro contenía reglas sobre jurisdicción que se derivaban de acuerdos de elección exclusiva de foros, y sobre el reconocimiento y la ejecución de fallos relacionados con estos acuerdos. Una de las disposiciones que se pusieron de relieve fue el artículo 22, que permite a los Estados Contratantes adherirse al Convenio sobre la elección de foro de forma recíproca a efectos del reconocimiento y la ejecución de sentencias dictadas por un tribunal designado en un acuerdo de elección no exclusiva de foro. Si bien la Conferencia de La Haya no propugnaba ninguna postura, se mencionó que, dado que el transporte de pasajeros y de mercancías estaba excluido del ámbito de aplicación del Convenio en virtud del artículo 2 2) f), se había sugerido que se estudiara la posibilidad de establecer un vínculo entre el proyecto de convenio y el Convenio sobre la elección de foro. Se recordó también que, incluso sin un vínculo formal, los Estados seguían teniendo libertad para concertar acuerdos bilaterales para ejecutar sentencias dictadas por un tribunal elegido conforme a las reglas del Convenio sobre la elección de foro.

Proyecto de artículo 76. Acuerdos de jurisdicción o competencia exclusiva

Debate general

19. Se recordó al Grupo de Trabajo que ya había examinado las cláusulas de jurisdicción o competencia exclusiva en sus períodos de sesiones 14º (véase A/CN.9/572, párrs. 130 a 133) y 15º (A/CN.9/576, párrs. 156 a 168). Se señaló al Grupo de Trabajo que la Secretaría había preparado el proyecto de artículo 76 contenido en los anexos I y II del documento A/CN.9/WG.III/WP.56 teniendo en cuenta esas deliberaciones.

Inclusión de una cláusula sobre jurisdicción o competencia exclusiva

20. El Grupo de Trabajo prosiguió su debate sobre la base de la siguiente propuesta de proyecto de texto, en la que se habían tenido en cuenta las sugerencias de redacción recibidas de algunas delegaciones:

"Artículo 76. Acuerdos de jurisdicción o competencia exclusiva

1. Si el cargador y el porteador convienen en que los tribunales de un Estado Contratante o uno o más tribunales concretos de un Estado Contratante serán competentes para resolver toda controversia que haya surgido o que pueda surgir en el marco del presente Convenio, ese o esos tribunales gozarán de jurisdicción al respecto, siempre y cuando el acuerdo por el que esta se confiera se haya concertado o esté documentado

a) Por escrito; o

b) Por cualquier otro medio de comunicación que permita el acceso a la información, de modo que pueda ser utilizada para ulteriores consultas.

2. La jurisdicción o competencia de un tribunal o de unos tribunales elegidos de conformidad con el párrafo 1 será exclusiva si el acuerdo que confiere tal jurisdicción o competencia está incorporado a un contrato por volumen de carga y si

a) Este acuerdo especifica claramente el nombre y la ubicación del tribunal o de los tribunales elegidos, así como los nombres y las direcciones de las partes; y

b) O bien

i) Este acuerdo ha sido negociado individualmente; o

ii) El contrato por volumen de carga estipula de forma destacada que existe un acuerdo de elección de foro exclusivo y especifica su ubicación en dicho contrato.

3. Un acuerdo de elección de foro exclusivo concertado de conformidad con el párrafo 2 únicamente será vinculante para una persona que no sea parte en el contrato por volumen de carga si el derecho aplicable pertinente así lo dispone [, si se da la debida notificación a esa persona del lugar en que puede interponerse la acción y si el foro está situado en uno de los lugares designados por los párrafos a), b) o c) del artículo 75].

[4. El presente artículo no impide a un Estado Contratante dar efecto a un acuerdo de elección de foro exclusivo que prevea condiciones menos estrictas que las establecidas en el párrafo 2, siempre y cuando el Estado Contratante haga una declaración pertinente en el momento de la firma o de la ratificación. Nada de lo dispuesto en el presente párrafo impedirá a un tribunal especificado en los párrafos a), b) o c) del artículo 75 ejercer su jurisdicción.]"

21. Se explicó que el texto propuesto del proyecto de artículo 76 trataba de llegar a una fórmula de compromiso entre las delegaciones que eran partidarias de que no se reconociera ninguna cláusula de elección de foro exclusivo y las que propugnaban que se reconocieran todas las cláusulas de esa índole. Con la propuesta

se pretendía ofrecer unas pautas mínimas comunes para la validez de los acuerdos de elección de foro y permitir un reconocimiento más amplio de esos acuerdos por los Estados que estuvieran dispuestos a hacerlo. Se señaló al Grupo de Trabajo que la fórmula de compromiso que representaba la propuesta tenía la finalidad de permitir que el proyecto de convenio obtuviera el máximo número posible de ratificaciones.

22. Se describió el modo en que se aplicaría la propuesta. Se observó que la propuesta de artículo 76 tenía la finalidad de ampliar la regulación de los acuerdos de jurisdicción o competencia exclusiva de modo que se aplicara también a los acuerdos de elección de foro en general. En el párrafo 1 del artículo 76 propuesto se enunciaban los requisitos para la validez de los acuerdos de elección de foro, mientras que en el párrafo 2 se puntualizaba que las cláusulas de elección de foro exclusivo solo podían concertarse en el marco de contratos por volumen de carga que cumplieran los requisitos mínimos enumerados. Se explicó asimismo que el párrafo 3 del artículo propuesto hacía extensivo el acuerdo de elección de foro exclusivo que cumpliera los requisitos del párrafo 2 a los terceros que fueran partes en el contrato por volumen de carga únicamente cuando el derecho aplicable lo previera y cuando se cumplieran las condiciones suplementarias que figuraban entre corchetes, encaminadas a salvaguardar los intereses de esas partes. Además, se indicó que la función del párrafo 4 del artículo 76 propuesto era permitir a los Estados Contratantes dar efecto a acuerdos de elección de foro en condiciones menos estrictas que las enunciadas en el párrafo 2 propuesto, siempre y cuando se efectuara una declaración a tal efecto en el momento de la firma o de la ratificación del proyecto de convenio. Por último, se explicó que la última oración del párrafo 4 tenía por objeto permitir a un tribunal designado por los párrafos a), b) o c) del proyecto de artículo 75 aceptar su jurisdicción o desistirse cuando se encontrara ante una situación de un acuerdo de elección de foro exclusivo que no cumpliera los requisitos del párrafo 2 propuesto.

Reacción general ante el régimen propuesto para los acuerdos de elección de foro

23. Se sugirió que el proyecto de convenio no contuviera ningún capítulo sobre la vía judicial y que se mantuviera la situación, regulada por las reglas de La Haya-Visby, que dejaba la cuestión en manos de la autonomía contractual de las partes. Se replicó que la libertad contractual en las reglas de La Haya-Visby podía verse afectada por restricciones a nivel nacional y que, por consiguiente, sería conveniente armonizar el derecho pertinente en un único instrumento. Se apoyó lo dispuesto en el artículo 76 propuesto para preservar el *statu quo* en lo relativo a la aceptación de los acuerdos de elección de foro y se sugirió que podría servir como punto de partida para una posible armonización futura.

24. Se apoyó la opinión de que, en aras de la claridad, la validez de los acuerdos de elección de foro exclusivo no debería limitarse a los contratos por volumen de carga sino que debería aplicarse a todos los contratos de transporte. Además, se observó que toda referencia a los contratos por volumen de carga en el capítulo sobre la vía judicial dependería del resultado de las deliberaciones sobre los contratos por volumen de carga en general, regulados en el proyecto de artículo 95, en el que aún figuraban palabras entre corchetes. En respuesta a estas inquietudes, se observó que las modestas ambiciones del texto propuesto para la armonización en lo relativo a los acuerdos de elección de foro requerían que se empezara a un nivel

en el cual pudiera llegarse a un acuerdo, y se consideró mejor limitar la aplicación inicial a situaciones en que intervinieran partes poderosas y con igual poder de negociación, como en el caso de los contratos por volumen de carga. Se aclaró asimismo que los Estados que desearan que la validez de los acuerdos de elección de foro exclusivo se hiciera extensiva a los contratos de transporte que no fueran únicamente contratos por volumen de carga tenían libertad para hacerlo, conforme al párrafo 4 del artículo 76 propuesto.

25. Otra objeción que se planteó fue que la propuesta para regular los acuerdos de elección de foro en el artículo 76 exigía al posible reclamante efectuar muy diversas indagaciones con el fin de establecer la jurisdicción apropiada, con la consiguiente demora e incertidumbre. Además, se observó que la propuesta no resolvía el problema de que los cargadores situados en puntos geográficos lejanos tendrían que sufragar los gastos de acciones en otros Estados.

Párrafo 1 del artículo 76 propuesto

26. Se observó que en el párrafo 1 del artículo 76 propuesto se fijaban las condiciones para la validez de todos los acuerdos de elección de foro. Se observó asimismo que los requisitos del párrafo 1 se habían inspirado en el artículo 3 del Convenio sobre la elección de foro. Se expresó la preocupación de que, al no mencionarse la competencia de un tribunal en este párrafo, podría ocurrir por inadvertencia que quedaran sin efecto las reglas procesales internas al disponerse que un tribunal podía reclamar jurisdicción cuando no la tenía. Se sostuvo que en el párrafo 1 propuesto debería hacerse referencia a la competencia conforme al derecho interno del tribunal elegido en el acuerdo sobre la elección de foro, en consonancia con las referencias similares que figuraban en las partes introductorias de los proyectos de artículo 75 y 77.

Párrafo 2 del artículo 76 propuesto

27. Se observó que en el párrafo 2 del artículo 76 propuesto se fijaban las condiciones para la validez de los acuerdos de elección de foro exclusivo, que eran paralelas a las exigidas para la validez de los contratos por volumen de carga en el párrafo 1 del proyecto de artículo 95. Además de la condición que, si no se trataba de un acuerdo negociado individualmente, se incluyera una declaración destacada de la existencia y ubicación del acuerdo de elección de foro exclusivo en el contrato por volumen de carga, un acuerdo válido de elección de foro exclusivo requería también que se especificaran el nombre y la ubicación del tribunal elegido, así como los nombres y las direcciones de las partes.

28. Se hicieron sugerencias concretas sobre la redacción del párrafo 2. Se sostuvo que, para que el texto fuera preciso, el inciso 76.2 b) i) debería hacer referencia a los contratos por volumen de carga individualmente negociados, y no a cláusulas concretas del contrato, como las cláusulas de elección de foro. Se sugirió que en este párrafo se hiciera referencia también a la competencia, conforme al derecho interno, del tribunal designado en el acuerdo de elección de foro, como ya se ha dicho más arriba con respecto al párrafo 1.

Párrafo 3 del artículo76 propuesto

29. Se indicó que el párrafo 3 de la propuesta de artículo 76 fijaba los requisitos para hacer extensivos los acuerdos de elección de foro exclusivo del párrafo 2 a los terceros que fueran partes en contratos por volumen de carga. En particular, se observó que el acuerdo de elección de foro exclusivo debía ser válido entre las partes en el contrato por volumen de carga, y el tribunal elegido debía estar situado en una de las jurisdicciones designadas por los párrafos a), b) o c) del proyecto de artículo 75. Además, se requeriría que los terceros fueran debidamente notificados del lugar en que podía interponerse la acción, y que el derecho aplicable pertinente permitiera a los terceros quedar así vinculados.

30. Se observó que la referencia al "derecho aplicable pertinente" debía entenderse como una referencia al derecho interno del tribunal al que se recurriera, incluidas sus normas de derecho internacional privado. Se señaló que, en aras de la claridad, esa interpretación debería formularse explícitamente en el texto. Se preguntó si el requisito de "debida notificación" se decidiría sobre la base del derecho interno aplicable.

31. Se explicó que las palabras que figuraban entre corchetes al final del párrafo 3 del artículo 76 propuesto tenían la finalidad de establecer una norma mínima en el marco del proyecto de convenio a fin de que los acuerdos de elección de foro exclusivo fueran vinculantes para los terceros que fueran partes en un contrato por volumen de carga, pero también se dijo que un tribunal podía, por medio de su derecho interno, exigir criterios más estrictos para que tales acuerdos fueran vinculantes para los terceros. Además, se observó que si se eliminaban las palabras que figuraban entre corchetes, la cuestión quedaría totalmente en manos del derecho aplicable. A este respecto, se sugirió que se suprimiera el texto que figuraba entre corchetes a fin de no crear confusión sobre si el requisito de notificación tenía por objeto modificar el derecho interno cuando requiriera el consentimiento de los terceros a quedar vinculados en lugar de una mera notificación. Se propuso, como variante, sustituir el texto que figuraban entre corchetes por las siguientes palabras: "y si ese acuerdo figura en los detalles del contrato [o está incorporado por remisión al documento de transporte o al documento electrónico de transporte]." No obstante, también se expresó la opinión de que deberían suprimirse los corchetes del proyecto de párrafo 3, manteniendo su contenido, a fin de establecer unos requisitos mínimos para proteger a los terceros. Además, se señaló que, en las prácticas mercantiles, la necesidad de proteger a los terceros que fueran partes en contratos por volumen de carga era limitada, dado que esos terceros eran muchas veces en realidad empresas subsidiarias de las del cargador, entidades empresariales conexas o transitarios.

32. Según otra opinión, a fin de proteger mejor a los terceros que fueran partes en contratos por volumen de carga, debería sustituirse el requisito de la notificación por el del consentimiento a quedar obligados por los acuerdos de elección de foro exclusivo. A este respecto, se hizo referencia al proyecto de apartado 95.6 b), que requería el consentimiento para vincular a terceros a las cláusulas de contratos por volumen de carga. Se respondió que el párrafo 3 de la propuesta de artículo 76 regulaba cuestiones de selección de foro que, en algunos ordenamientos, se consideraban cuestiones procesales, mientras que el proyecto de apartado 95.6 b) afectaba directamente a los derechos y obligaciones sustantivos y, por tanto, requería una mayor precaución y un nivel más alto de protección. Según otra

opinión, el exigir el consentimiento de los terceros a quedar obligados por acuerdos de elección de foro exclusivo supondría una carga excesiva para las actuales prácticas mercantiles, en que a menudo se producían largas cadenas de ventas de las mercancías transportadas.

Párrafo 4 del artículo 76 propuesto

33. Se explicó que el párrafo 4 propuesto tenía la finalidad de permitir la concertación de acuerdos de elección de foro basados en requisitos menos estrictos que los establecidos en los párrafos 1 y 2 de la propuesta de artículo 76, a condición de que el Estado Contratante hubiera hecho la declaración requerida. Por ejemplo, se indicó que un tribunal situado en un Estado que reconociera los acuerdos de elección de foro en virtud del párrafo 4 del artículo 76, y que por lo demás fuera competente conforme al proyecto de artículo 75 del proyecto de convenio, podía desistirse de su jurisdicción en caso de haber un acuerdo válido de elección de foro que no cumpliera los requisitos del párrafo 2.

34. También se citó como ejemplo la hipótesis de un porteador que estuviera situado en un Estado que reconociera las cláusulas de jurisdicción o competencia exclusiva y de un cargador que estuviera situado en un Estado que no las reconociera; en tal caso, el porteador podría solicitar una sentencia no declaratoria o, de ser posible, un mandamiento de prohibición de demandas, ante un tribunal de su Estado, y el cargador no podría conseguir la retirada de su demanda en virtud del párrafo 2 del artículo 80 propuesto. Se agregó que, en ese ejemplo, el cargador podía demandar al porteador en un tribunal amparado por el proyecto de artículo 75 en el propio Estado del cargador, pero debido al párrafo 4 de la propuesta de artículo 76, el cargador no podría exigir del porteador que retirara su demanda de sentencia no declaratoria presentada en virtud del párrafo 2 del artículo 80 propuesto. No obstante, se añadió que el porteador que obtuviera una sentencia no declaratoria o un mandamiento contra la presentación de demandas en ese ejemplo no estaría en condiciones de hacer ejecutar esa sentencia o prohibición en un Estado que no reconociera las cláusulas de jurisdicción o competencia exclusivas.

35. Otra hipótesis citada fue la de que el cargador del ejemplo del párrafo anterior demandara en su Estado, donde no se reconocían las cláusulas de jurisdicción exclusiva, y posteriormente tratara de hacer ejecutar la sentencia en el Estado del porteador, donde se reconocían las cláusulas de jurisdicción exclusiva; en tal caso, se denegaría el reconocimiento y la ejecución de la sentencia por haber sido dictada por un tribunal no competente.

36. Se observó además que, en el caso descrito en el párrafo 34 *supra*, existía la preocupación de que, el efecto combinado del artículo 81 *bis* propuesto y el párrafo 4 del artículo 76 propuesto fuera que, si se dictaba una sentencia sobre la base del párrafo 4, los tribunales de otros ordenamientos jurídicos se sintieran obligados a reconocerla en virtud del artículo 81 *bis*. A fin de aclarar que los tribunales de otros ordenamientos podían reconocer tal decisión, pero no estaban obligados a hacerlo, se sugirió que se agregara una frase al artículo 81 *bis* propuesto que indicara que ese artículo no exigía a un Estado Contratante reconocer ni ejecutar una decisión de otro Estado Contratante que estuviera basada en la aplicación de la primera oración del párrafo 4 del artículo 76 propuesto.

37. En aras de la precisión, se sugirió que en el párrafo 4 del artículo 76 propuesto se hiciera referencia a un acuerdo de elección de foro que "no cumpla los requisitos de los párrafos 1 y 2 del artículo 76", en vez de decir "que prevea condiciones menos estrictas que las establecidas en el párrafo 2". A este respecto, se propuso la siguiente variante: "El presente artículo no impedirá a un Estado Contratante dar efecto a un acuerdo de elección de foro que no cumpla los requisitos enunciados en el párrafo 1 o 2", continuando luego con el texto existente, "siempre y cuando ...". Se observó además que, con este cambio de redacción, un Estado Contratante podría dar efecto a un acuerdo de elección de foro exclusivo entre las partes en el contrato, así como con respecto a terceros, dado que la validez del acuerdo frente a terceros no se regulaba en las propuestas de párrafos 1 y 2. También se observó que la propuesta de párrafo 4 no tenía por objeto autorizar los mandamientos de prohibición de demandas, y que las sugerencias de otras delegaciones tampoco habían apuntado a eso.

38. Se expresó la opinión de que la aplicación del artículo 76.4 podría dar lugar a múltiples procedimientos. Se respondió que el enfoque propuesto también reduciría el número de procedimientos en al menos dos circunstancias: cuando el efecto del proyecto de artículo 80.2 fuera permitir una solicitud de retirada, y en las situaciones en que tribunales por lo demás competentes reconocieran los acuerdos de elección de foro exclusivo y se desistieran.

39. Se sugirió que el requisito de una declaración formal por parte de un Estado Contratante para poder dar efecto a acuerdos de elección de foro con condiciones menos estrictas que las establecidas en el párrafo 2 propuesto se sustituyera por un mecanismo menos formal. No obstante, se observó que todo otro mecanismo debería cumplir las dos finalidades previstas, a saber, asegurar que fueran los gobiernos y no los distintos tribunales quienes decidieran aplicar condiciones menos estrictas, y facilitar el acceso a información sobre las condiciones necesarias para la validez de las cláusulas de elección de foro exclusivo en otros Estados Contratantes.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre la propuesta de artículo 76

40. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Se revisara la propuesta de artículo 76 teniendo en cuenta todas las observaciones del Grupo de Trabajo recogidas más arriba.

Proyecto de artículo 77. Acciones contra una parte ejecutante marítima

Debate general "[inicialmente]" y "[definitivamente]"

41. Se recordó al Grupo de Trabajo que el proyecto de artículo 77 se había insertado en el proyecto de convenio a raíz de la decisión adoptada durante el 14º período de sesiones del Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/572, párrs. 116 y 117) de enunciar, en una disposición aparte, el establecimiento de la jurisdicción para las acciones entabladas contra una parte ejecutante marítima. Se recordó que había dos tipos de partes ejecutantes marítimas consideradas importantes al respecto: las partes más estacionarias, como los estibadores y los operarios de terminales, y el porteador marítimo que no fuera el porteador contractual. Se sostuvo que, teniendo presentes estos dos tipos de partes ejecutantes marítimas, los "puertos" en que las mercancías eran "inicialmente recibidas" y "definitivamente entregadas" eran jurisdicciones apropiadas, de modo que la palabra "lugar" debería sustituirse por el

término "puerto" y también deberían suprimirse los corchetes en las palabras "inicialmente" y "definitivamente", manteniendo en el texto su contenido. Esta propuesta obtuvo un apoyo general entre las delegaciones.

Referencia a la competencia de "un tribunal de un Estado Contratante"

42. Una delegación vio un problema en la parte introductoria del proyecto de artículo 77, que repetía la parte introductoria del proyecto de artículo 75; se trataba de las palabras "ante el tribunal de un Estado Contratante que sea competente a tenor de la ley del foro". Se consideró que esas palabras eran confusas, pues podían referirse tanto a la competencia nacional como a su competencia internacional. Se sugirió que esos términos se aclararan tanto en el proyecto de artículo 75 como en el 77.

43. También se expresaron reservas sobre el requisito de que el tribunal a que se hacía referencia en el proyecto de artículo 77 tuviera que estar situado en un Estado Contratante. Se expresó la opinión de que cabía la posibilidad de que ninguno de los lugares enunciados en los párrafos a) y b) del proyecto de artículo 77 estuvieran situados en un Estado Contratante en una determinada situación, con lo cual podría darse el caso de que un posible demandante en virtud del artículo 77 se encontrara sin jurisdicción apropiada para demandar a la parte ejecutante marítima. Si bien el requisito de que el tribunal estuviera situado en un Estado Contratante también figuraba en el proyecto de artículo 75, no causaría en ese caso las mismas dificultades, dado que el lugar contractual de recepción y de entrega ofrecería cierta jurisdicción. Se consideró que otro problema conexo era que el párrafo b) del proyecto de artículo 77 no limitaba el concepto de puerto a uno de los puertos en que la parte ejecutante marítima realizara operaciones, lo cual podría causar dificultades innecesarias al demandado si la demanda se presentara en un puerto en el que no realizara operaciones.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 77

44. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Se suprimieran los corchetes de las palabras "inicialmente" y "definitivamente" y que se mantuvieran esos términos en el texto;
- Se sustituyera, en el párrafo b), la palabra "lugar" por "puerto" en los dos casos en que aparecía; y
- Se subsanaran, en un texto revisado del proyecto de artículo 77, los problemas que planteaban en el texto actual la competencia y la ubicación del tribunal en un Estado Contratante, así como el problema de la posibilidad de entablar una acción contra una parte ejecutante marítima en un puerto en el que esta no realizara operaciones.

Proyecto de artículo 78. Ningún foro competente adicional

45. Se sugirió que en el proyecto de artículo 78 se hiciera una referencia suplementaria al proyecto de artículo 76. La disposición quedó aprobada con esta adición.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 78

46. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió aprobar el texto del proyecto de artículo 78, con la adición de una referencia al artículo 76.

Proyecto de artículo 79. Embargo y medidas cautelares

Debate general

47. Se recordó al Grupo de Trabajo que había examinado proyectos de disposición relativos al embargo y a las medidas cautelares durante sus períodos de sesiones 14º (véase A/CN.9/572, párrs. 137 a 139) y 15º (véase A/CN.9/576, párrs. 129 a 142).

Párrafo 1

48. Se sostuvo que era posible lograr el objetivo de asegurar que la jurisdicción respecto a las medidas cautelares no se viera afectada por las disposiciones sobre jurisdicción que prevé el proyecto de convenio, y se sugirió que se simplificara el párrafo 1 del artículo 79 suprimiendo el apartado a) y agregando, al final del apartado b), las palabras "incluido el embargo". No obstante, se apoyó la opinión de que esa propuesta no resolvería por completo el problema de la relación entre el proyecto de convenio y los instrumentos internacionales existentes que regulan el embargo, por ejemplo, el Convenio internacional relativo al embargo preventivo de buques destinados a la navegación marítima, de 1952, y el Convenio internacional sobre el embargo preventivo de buques, de 1999 (en adelante, los Convenios sobre embargo preventivo). Se observó que esos instrumentos contenían disposiciones que no solo regulaban la jurisdicción para el embargo como medida cautelar sino también la jurisdicción en función de las circunstancias del caso, conforme a dichos Convenios. Se apoyó la opinión de que, fuera cual fuera la forma en que se regulara la jurisdicción en los Convenios sobre embargo preventivo, no debería tener como consecuencia una ampliación de la lista de las bases generales para la jurisdicción en lo que respecta a las acciones contra el porteador, reguladas en el proyecto de artículo 75. Se señaló que la cuestión de la jurisdicción en lo referente a las circunstancias del embargo debía considerarse una cuestión de conflicto entre convenios y trasladarse, por tanto, al capítulo del proyecto de convenio relativo a las disposiciones finales.

49. Por otra parte, se expresó la opinión de que el párrafo 1 del proyecto de artículo 79 enunciado en el documento A/CN.9/WG.III/WP.56 regularía adecuadamente las cuestiones referentes a la relación entre la jurisdicción para el proyecto de convenio y para el embargo como medida cautelar. Se señaló asimismo que el párrafo 2 del artículo 21 de las Reglas de Hamburgo podía considerarse una posible variante, o que la cuestión podía dejarse totalmente al arbitrio del derecho interno. Según otra opinión, el proyecto de artículo 79 podría trasladarse en su integridad al capítulo del proyecto de convenio relativo a las disposiciones finales.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el párrafo 1 del proyecto de artículo 79:

50. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Se revisara el texto del párrafo 1 del proyecto de artículo 79 suprimiéndose el apartado a) y agregándose, al final del apartado b), las palabras "incluido el embargo"; y que
- Se adoptara una nueva disposición sobre el conflicto de convenios en que se tuviera en cuenta la cuestión de las circunstancias del caso de embargo, y que dicha disposición se insertara en el capítulo del proyecto de convenio relativo a las disposiciones finales.

Párrafo 2

51. Se observó que, habida cuenta de las diferencias existentes entre los diversos derechos internos, la redacción de una lista exhaustiva de medidas cautelares resultaría una tarea onerosa que, además, tendría un resultado incierto. Por consiguiente, se sugirió que se suprimiera el párrafo 2 del proyecto de artículo 79, en el que figuraba esa lista, y que se dejara al arbitrio del derecho interno la definición de lo que debiera entenderse por medidas cautelares.

Conclusiones del Grupo de Trabajo relativas al párrafo 2 del proyecto de artículo 79:

52. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió:

- Suprimir el texto del párrafo 2 del proyecto de artículo 79.

Proyecto de artículo 80. Consolidación y traslado de las actuaciones

Debate general

53. Se recordó al Grupo de Trabajo que en su 15º período de sesiones ya había examinado una disposición sobre la consolidación y el traslado de las actuaciones (véase A/CN.9/576, párrs. 147 a 152). Se afirmó que, en el párrafo 149 del documento A/CN.9/576, se había convenido que el debate sobre el párrafo 1 del proyecto de artículo 80 se proseguiría sobre la base de la variante C, y que las variantes A y B ofrecían dos opciones entre las que el Grupo de Trabajo podría elegir. El texto del proyecto de artículo 80 que se sometía al examen del Grupo de Trabajo era una combinación de las variantes A y B del párrafo 1 y también contenía una modificación del párrafo 2 del proyecto de artículo 80. El texto era el siguiente:

"Artículo 80. Consolidación y traslado de las actuaciones

[1. Toda acción ejercitada al mismo tiempo contra el porteador y contra una parte ejecutante marítima a raíz del mismo incidente deberá interponerse en uno de los lugares indicados en los artículos 75 y 77. [Si en ninguno de dichos artículos se indica un lugar, la acción deberá ejercitarse en uno de los lugares designados en el artículo 77.]]

2. Si el porteador o una parte ejecutante marítima ejercita una acción que reduzca directa o indirectamente los derechos de una persona a seleccionar el foro en virtud de los artículos 75 o 77, el porteador o la parte ejecutante

marítima, a petición del demandado, deberán retirar la acción e interponerla de nuevo en alguno de los lugares designados con arreglo a lo dispuesto en los artículos 75 o 77, según proceda, a elección del demandado."

Párrafo 1

54. Se expresó la opinión de que deberían suprimirse los corchetes de todo el párrafo 1, manteniendo en el texto su contenido. Se estimó que la primera frase del párrafo 1 no planteaba controversias, dado que era lógico que si una parte reclamante deseaba demandar a un porteador contratante y a una parte ejecutante marítima interponiendo una única acción, tuviera que hacerlo en un tribunal que fuera competente para dirimir ambas acciones. A este respecto, el acuerdo fue general.

55. Se consideró que la segunda frase del párrafo 1 que figuraba entre corchetes era más controvertida, pues permitía que se interpusiera una acción contra un porteador contratante y una parte ejecutante marítima en una jurisdicción designada únicamente por el proyecto de artículo 77 cuando no pudiera designarse un lugar concreto en virtud de los proyectos de artículo 75 y 77. Se expresó la opinión de que, en tal caso, era más importante proteger a la parte ejecutante marítima, y se propuso que se suprimieran también los corchetes de la segunda frase y que se mantuviera en el texto su contenido. No obstante, se expresaron dudas acerca de la conveniencia de que el porteador contratante estuviera sujeto a las jurisdicciones enunciadas en el proyecto de artículo 77 de esta manera, y también con respecto a la interacción entre el proyecto de artículo 76 y el párrafo 1 del proyecto de artículo 80. Por ejemplo, se objetó que tal vez sería posible eludir una cláusula de jurisdicción exclusiva por lo demás ejecutable demandando a la vez al porteador contratante y a la parte ejecutante marítima en una jurisdicción sujeta al proyecto de artículo 77.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el párrafo 1 del proyecto de artículo 80:

56. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Las reservas suscitadas por la segunda frase del párrafo 1 del proyecto de artículo 80 y por la interacción del párrafo en su conjunto con el proyecto de artículo 76 se analizarían más a fondo en un ulterior proyecto de esa disposición.

Párrafo 2

57. Se expresó la opinión de que el párrafo 2 del proyecto de artículo 80 tenía la finalidad de aportar una solución a las situaciones en que el porteador interpusiera una acción con miras a eludir las jurisdicciones enunciadas en los proyectos de artículos 75 y 77. Se convino en que el propósito de esa disposición no era obstaculizar acciones legítimas contra el cargador tales como, por ejemplo, acciones sobre el flete o por daños y perjuicios causados a un buque por la carga. No obstante, se expresaron ciertas dudas acerca de la sugerencia de que el párrafo 2 del proyecto de artículo 80 se centrara únicamente en las acciones para obtener declaraciones judiciales y eludir las jurisdicciones enunciadas en los proyectos de artículo 75 y 77. Se opinó que el párrafo 2 del proyecto de artículo 80 debería regular también las órdenes de no presentar demandas ante cualquier otro foro para

reducir el número de foros a que pudiera recurrir una parte. Se sugirió también que la disposición se limitara a requerir la suspensión o la retirada de toda acción abusiva, y se estimó que tal vez no sería posible requerir que se reiniciara una acción en una jurisdicción de los proyectos de artículo 75 o 77 si ese reinicio estaba limitado en el tiempo por un determinado plazo. Ante este posible problema, se sugirió que se concediera al demandante que tuviera que reentablar una acción conforme al párrafo 2 una prórroga suplementaria, de haberse fijado un plazo, pero se estimó que esta cuestión debería examinarse en el contexto del capítulo 15 relativo al plazo para presentar demandas.

58. Se sugirió un cambio de redacción para aclarar la disposición consistente en suprimir las palabras "que reduzca directa o indirectamente" y en insertar en su lugar las palabras "cuya única finalidad sea reducir", o palabras de tenor similar.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el párrafo 2 del proyecto de artículo 80:

59. Tras deliberar, el Grupo decidió que:

- Las reservas suscitadas respecto del párrafo 2 del proyecto de artículo 80 se analizarían más a fondo en un ulterior proyecto de disposición.

Proyecto de artículo 81. Acuerdo concertado a raíz de la controversia

Debate general

60. Se recordó al Grupo de Trabajo que muy recientemente, en su 15º período de sesiones, había examinado una disposición sobre los acuerdos de jurisdicción concertados una vez surgida una controversia (véase A/CN.9/576, párrs. 169 a 171). El texto de esta disposición obtuvo un apoyo general, siempre y cuando fuera revisado, en aras de la coherencia, en función de las modificaciones que previsiblemente se introducirían en otras disposiciones del capítulo relativo a la vía judicial.

Requisitos de forma

61. Se formuló la pregunta de si el acuerdo concertado por las partes debería estar sujeto a requisitos de forma similares a los enunciados en el párrafo 1 del proyecto de artículo 76, donde se exige que un acuerdo sobre la elección de foro conste por escrito o en una comunicación electrónica. A este respecto se expresaron dos opiniones. Según la primera opinión, convendría enmendar el proyecto de artículo para que previera requisitos de forma similares a los enunciados en el párrafo 1 del proyecto de artículo 76 sobre la base de que era necesario probar la existencia de un acuerdo a fin de proteger a las partes. Se sostuvo que cuando se concertara un acuerdo verbal y surgiera posteriormente una controversia sobre el tribunal competente para conocer del caso, la falta de pruebas sobre lo convenido podría complicar aun más la controversia entre las partes.

62. Conforme a la segunda opinión, no deberían incluirse requisitos de forma en el texto, puesto que obstaculizarían innecesariamente las negociaciones que a menudo tenían lugar entre las partes al surgir una controversia. Se afirmó que, en la práctica, solían emprenderse negociaciones entre las partes antes de entablar una acción y, si fracasaban las negociaciones, las partes podían convenir verbalmente u

oficiosamente en recurrir a los tribunales. Se señaló asimismo que también podía llegarse a ese acuerdo de manera implícita, simplemente por el hecho de que una parte compareciera ante un tribunal para responder a una acción. Además, se observó que incluso en el párrafo 5 del artículo 21 de las Reglas de Hamburgo, que generalmente protegían mucho a las partes, no se habían fijado requisitos de forma para los acuerdos sobre jurisdicción a que se llegara una vez surgida una controversia.

Aclaraciones suplementarias

63. En respuesta a una pregunta, se convino en general en que el proyecto de artículo no confería jurisdicción a un tribunal que no la tuviera ya de por sí. Se aclaró asimismo el significado de las palabras "a raíz de haber surgido la controversia", que se refería al período posterior al viaje cuando ya se hubiera producido el daño pero aún no se hubiera interpuesto ninguna demanda ante un tribunal.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto del artículo 81:

64. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Se mantendría en el texto el enunciado del proyecto del artículo 81, considerado satisfactorio, y que no se agregaría a él ningún requisito de forma.

Propuesta de nuevo párrafo 2 del proyecto de artículo 81

65. Se propuso que el proyecto de artículo 81 pasara a ser el párrafo 1 del proyecto de artículo 81 y que, como párrafo 2, se insertara a continuación el siguiente texto:

> "No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores del presente capítulo, un tribunal de un Estado Contratante ante el cual comparezca un demandado tendrá competencia para conocer del caso. Esta regla no será aplicable cuando el acto de comparecencia se realice con el fin de impugnar la competencia del tribunal."

Debate general

66. Las delegaciones en general apoyaron el texto propuesto del párrafo 2 del proyecto de artículo 81. Se opinó que el párrafo 2 era necesario, porque era importante que un demandado pudiera comparecer únicamente con el fin de impugnar la jurisdicción del tribunal. Además, se consideró lógico que esta disposición figurara como segundo párrafo del proyecto de artículo 81, pues así quedaba claro que el primer párrafo, o el antiguo proyecto de artículo 81, regulaba los acuerdos sobre jurisdicción una vez surgidas las controversias pero antes de interponerse ningún recurso judicial, y que el segundo párrafo abordaba la cuestión de las controversias una vez interpuesta una demanda ante un tribunal. Se opinó que, no quedaba claro que, cuando un demandado compareciera para impugnar la jurisdicción de un tribunal, todos los tribunales verían del mismo modo la comparecencia, pero se consideró que la inserción de este nuevo párrafo podía tener, a este respecto, un beneficioso efecto armonizador.

67. Sin embargo, se expresó también la opinión de que podría considerarse que el proyecto de artículo obstaculizaba el derecho procesal interno, y se convino en incorporar al proyecto de párrafo palabras como "de conformidad con la ley de", o un texto similar que remitiera al derecho interno, a fin de asegurar que se respetara el derecho procesal del país del foro. En respuesta a una pregunta, se aclaró también que el tribunal ante el que compareciera el demandado no estaría obligado a aceptar su propia jurisdicción.

68. Frente a una objeción planteada, se aclaró que las palabras "el acto de comparecencia se realice con el fin de impugnar la competencia" no impedían a un demandado que impugnara la jurisdicción de un tribunal impugnar también el fondo de la demanda presentada contra él. Además, sobre la cuestión de si un tribunal podía afirmar su competencia una vez que el demandado hubiera efectuado acto de comparecencia, incluso cuando no entrara en el ámbito de los proyectos de artículo 75, 76 y 77, se aclaró que la respuesta dependería de las reglas procesales del país.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre la propuesta de párrafo 2 del proyecto de artículo 81:

69. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que:

- El proyecto de artículo 81 pasara a ser el párrafo 1 del proyecto de artículo 81 y que se revisara su título;
- El texto del párrafo 2 del proyecto de artículo 81 que figura más arriba fuera insertado en el proyecto de convenio; y
- En un futuro proyecto que se redactara se tuvieran en cuenta las cuestiones de derecho procesal interno que se habían planteados en el debate.

Propuesta de nuevo proyecto de artículo 81 *bis*. Reconocimiento y ejecución

70. Se propuso que el siguiente texto de un nuevo proyecto de artículo 81 *bis* se incorporara al proyecto de convenio como párrafo 2 del proyecto de artículo 81:

"Artículo 81 *bis*. Reconocimiento y ejecución

1. Toda decisión adoptada por un tribunal de un Estado Contratante que tenga jurisdicción en virtud del presente Convenio tendrá derecho a ser reconocida y ejecutada en otro Estado Contratante de conformidad con la legislación del Estado Contratante en el que se solicite el reconocimiento y la ejecución.

2. El presente artículo no exige del Estado Contratante que reconozca y ejecute una decisión de otro Estado Contratante que se base en la aplicación de la primera oración del párrafo 4 del artículo 76."

Debate general

71. Se consideró que el proyecto de párrafo 2 era necesario ya que, de no ser insertado en el texto, el proyecto de párrafo 1 podía dar pie a la interpretación de que un tribunal debe ejecutar una sentencia aunque sea contraria a su derecho procesal interno. Se explicó que el segundo párrafo tenía la finalidad de aclarar que

esta disposición no exigía de un Estado que reconociera o ejecutara una sentencia que, conforme a su derecho interno, no pudiera ser ejecutada.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre la propuesta de proyecto de artículo 81 bis

72. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Se incorporara el proyecto de artículo 81 *bis* al proyecto de convenio como base para futuras deliberaciones, con sujeción a los ajustes que resultaran necesarios para adaptarlo a los cambios de redacción que se introdujeran en todo el capítulo relativo a la vía judicial.

Propuesta de texto revisado para el capítulo relativo a la vía judicial

Debate general

73. Sobre la base de las deliberaciones sostenidas por el Grupo de Trabajo con respecto al capítulo del proyecto de convenio dedicado a la vía judicial que figuraba en el documento A/CN.9/WG.III/WP.56 (véanse los párrafos 9 a 17 y 19 a 72 *supra*) y en el nuevo texto propuesto, varias delegaciones propusieron para el capítulo un texto revisado, en el que figuraba una disposición sobre las organizaciones de integración económica de ámbito regional (que se incluiría en el capítulo sobre las disposiciones finales). El texto revisado es el siguiente:

"Artículo 1 xx) 'Tribunal competente'

Por "tribunal competente" se entenderá un tribunal del Estado Contratante que, de conformidad con las normas de asignación interna de competencia entre los tribunales de ese Estado, pueda conocer de una cuestión.

Artículo 75. Acciones contra el porteador

A menos que el contrato de transporte contenga un acuerdo de elección de jurisdicción o competencia exclusiva que tenga validez conforme al artículo 76, el demandante tendrá derecho a incoar procedimientos judiciales contra el porteador en virtud del presente Convenio ante un tribunal competente en cuyo territorio jurisdiccional se encuentre uno de los siguientes lugares:

a) El domicilio del demandado; o

b) El lugar contractual de recepción o el lugar contractual de entrega; o

c) El puerto en que las mercancías hayan sido inicialmente cargadas en un buque; o el puerto en que las mercancías hayan sido definitivamente descargadas del buque; o

d) Todo lugar estipulado para dicho fin conforme al párrafo 1 del artículo 76.

Artículo 76. Acuerdos de jurisdicción o competencia exclusiva

1. Si el cargador y el porteador convienen en que un tribunal competente tiene jurisdicción para resolver toda controversia que pueda surgir en el marco del Convenio, ese tribunal tendrá jurisdicción no exclusiva al respecto,

siempre y cuando el acuerdo por el que se confiera esa jurisdicción se haya concertado o esté documentado

a) Conste por escrito[2]; o

b) Por cualquier otro medio de comunicación que permita el acceso a la información, de modo que pueda ser utilizada para ulteriores consultas.

2. La jurisdicción de un tribunal elegido con arreglo al párrafo 1 solo será exclusiva para conocer de las controversias que surjan entre las partes en el contrato si las partes así lo convienen y si el acuerdo por el que se confiere la jurisdicción

a) Figura en un contrato por volumen de carga que especifica claramente los nombres y las direcciones de las partes; y además

i) Ha sido negociado individualmente; o bien

ii) Contiene una mención destacada de que existe un acuerdo de elección de jurisdicción exclusiva y especifica su localización en el contrato por volumen de carga; y

b) Especifica claramente el nombre y la ubicación del tribunal elegido.

3. Un acuerdo de elección de jurisdicción exclusiva celebrado de conformidad con el párrafo 2 solo será vinculante para una persona que no sea parte en el contrato por volumen de carga si ello se ajusta al derecho aplicable por el tribunal que conozca del asunto conforme al [derecho internacional privado] [a las reglas sobre conflicto de leyes] y si:

a) Se notifica debidamente a esa persona el tribunal en que se puede entablar la acción; y

b) El foro está en uno de los lugares designados en los apartados [a), b) o c)] del artículo 75.

4. Con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 5, el presente artículo no impedirá a un Estado Contratante dar efecto a un acuerdo de elección de jurisdicción que no cumpla los requisitos de los párrafos 1, 2 o 3. Ese Estado Contratante deberá cursar la correspondiente notificación a [_____].

5. Nada de lo dispuesto en el párrafo 4 o en un acuerdo de elección de jurisdicción que sea eficaz en virtud del párrafo 4 impedirá que un tribunal especificado en los párrafos [a), b), c) o d)] del artículo 75 y situado en otro Estado Contratante ejerza su jurisdicción sobre la controversia y resuelva el litigio de acuerdo con el presente Convenio. Ningún acuerdo de elección de jurisdicción será exclusivo respecto de una acción [contra un porteador] entablada conforme al presente Convenio, salvo en lo dispuesto por el presente artículo.

---

[2] El requisito de forma se abordará en el artículo 3.

Artículo 77. Acciones contra una parte ejecutante marítima

En todo procedimiento judicial entablado en virtud del presente Convenio contra la parte ejecutante marítima, el demandante podrá, a su elección, ejercitar una acción ante un tribunal competente en cuyo territorio jurisdiccional esté situado uno de los siguientes lugares:

a) El domicilio de la parte ejecutante marítima; o

b) El puerto donde la parte ejecutante marítima haya recibido inicialmente las mercancías; o el puerto donde la parte ejecutante marítima haya entregado definitivamente las mercancías.

Artículo 78. Ningún foro competente adicional

Con sujeción a lo dispuesto en los artículos 80 y 81, no podrá entablarse, en virtud del presente Convenio, procedimiento judicial alguno contra el porteador ante un tribunal no designado con arreglo a los artículos 75, 76 o 77.

Artículo 79. Medidas cautelares

Nada de lo dispuesto en el presente Convenio afectará a la competencia de un tribunal para la adopción de medidas cautelares o de protección, incluido el embargo. [Un tribunal de un Estado en que se haya dictado una medida cautelar o de protección no será competente para juzgar el fondo del caso a menos que:

a) Se cumplan los requisitos del presente capítulo; o

b) Así lo disponga un convenio internacional que, de acuerdo con lo que establezcan sus reglas de aplicación, sea aplicable en dicho Estado.]

Artículo 80. Consolidación y traslado de las actuaciones

1. Salvo cuando exista un acuerdo de jurisdicción exclusiva que sea válido en virtud del artículo 76, toda acción ejercitada conjuntamente contra el porteador y contra una parte ejecutante marítima a raíz del mismo incidente solo podrá interponerse ante un tribunal simultáneamente designado por los artículos 75 y 77. Cuando no exista ningún tribunal que cumpla ese requisito, la acción deberá incoarse ante un tribunal designado en virtud del párrafo b) del artículo 77, si tal tribunal existe.

2. Salvo cuando exista un acuerdo de jurisdicción exclusiva que sea válido en virtud del artículo 76, todo porteador o toda parte ejecutante marítima que ejercite una acción que [pueda afectar] [meramente pretenda afectar] a los derechos de una persona de seleccionar el foro en virtud de los artículos 75 o 77, deberá, a petición del demandado, retirar la acción, pudiendo interponerla de nuevo ante alguno de los lugares designados con arreglo a lo dispuesto en los artículos 75 o 77, según proceda, a elección del demandado[3].

[3] Podría ser preciso ajustar las disposiciones sobre el plazo para presentar una demanda en relación con los casos en que la acción inicial haya sido interpuesta dentro del plazo establecido, pero la nueva acción no.

Artículo 81. Acuerdos concertados una vez surgida la controversia y jurisdicción cuando el demandado hace acto de comparecencia

No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores del presente capítulo:

a) Una vez surgida una controversia, las partes podrán convenir en resolverla ante cualquier tribunal competente.

b) Un tribunal competente ante el que comparezca el demandado, sin impugnar su jurisdicción de conformidad con las reglas de dicho tribunal, tendrá jurisdicción sobre las partes.

Artículo 81 *bis*. Reconocimiento y ejecución

1. Toda decisión adoptada por un tribunal de un Estado Contratante que tenga jurisdicción en virtud del presente Convenio deberá ser reconocida y ejecutada en otro Estado Contratante de conformidad con la legislación del Estado Contratante en el que se solicite el reconocimiento y la ejecución.

2. El presente artículo no será aplicable a una decisión dictada en otro Estado Contratante que tenga jurisdicción en virtud del párrafo 4 del artículo 76.

Artículo XX. Participación de organizaciones regionales de integración económica

1. Toda organización regional de integración económica que esté constituida por Estados soberanos y que ejerza competencia sobre ciertos asuntos que se rijan por el presente Convenio podrá igualmente firmar, ratificar, aceptar o aprobar el presente Convenio o adherirse a este. La organización regional de integración económica tendrá, en ese caso, los derechos y obligaciones de un Estado Contratante en la medida en que ejerza competencia sobre algún asunto que se rija por el presente Convenio. En toda cuestión en la que sea pertinente, en el marco del presente Convenio, el número de Estados Contratantes, la organización regional de integración económica no contará como un Estado Contratante adicional, además de sus Estados Miembros que sean Estados Contratantes.

2. La organización regional de integración económica deberá hacer, en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, una declaración ante el depositario en la que se hagan constar los asuntos que se rijan por el presente Convenio respecto de los cuales sus Estados Miembros hayan transferido su competencia a la organización. La organización regional de integración económica notificará con prontitud al depositario todo cambio en la distribución de las competencias indicada en dicha declaración, mencionando asimismo toda nueva competencia que le haya sido transferida.

3. Toda referencia que se haga en el presente Convenio a un “Estado Contratante” o a los “Estados Contratantes” será igualmente aplicable a una organización regional de integración económica, cuando el contexto así lo requiera.”

74. Las delegaciones presentaron al Grupo de Trabajo un breve informe en el que propusieron el texto revisado del capítulo relativo a la vía judicial. Se señaló que, en una situación de intereses divergentes y de discrepancias en el Grupo de Trabajo acerca de los proyectos de disposición sobre la vía judicial, se había llegado a una delicada solución de transacción que se había plasmado en el texto revisado. Se observó que, si bien no había sido posible armonizar totalmente las disposiciones de este capítulo, se estimaba que la solución de transacción conseguida podía resultar aceptable para el Grupo de Trabajo, pues era preferible a la otra opción, consistente en eliminar la vía judicial del proyecto de convenio.

75. Las delegaciones apoyaron en general la fórmula de transacción propuesta en los artículos revisados, particularmente en vista de la complejidad de las cuestiones, y se expresó la opinión de que se había logrado compaginar los intereses de forma equilibrada. Se consideró que si se hacían supresiones o revisiones de fondo en este proyecto de texto, se podría minar por completo la solución de transacción a que se había llegado.

76. En respuesta a una solicitud de aclaración relativa al párrafo 4 del proyecto de artículo 76, se observó que la intención del requisito de notificación era indicar que, en relación con la decisión de aplicar o no el párrafo 4, era el Estado Contratante y no los tribunales de ese Estado quien la adoptaba. Se aclaró también que no se pretendía que tal notificación requiriera necesariamente una modificación de la legislación del Estado Contratante sino que más bien se exigía al Estado Contratante que informara al resto del mundo si daría efecto o no a acuerdos de elección de jurisdicción exclusiva en condiciones menos estrictas que las establecidas en el párrafo 2.

77. Haciendo referencia también al requisito de notificación del párrafo 4 del proyecto de artículo 76, se observó que tal vez no resultara apropiado que un depositario recibiera el contenido de la legislación nacional; se estimó que las notificaciones de esa índole podían ser extensas, comprendiendo incluso jurisprudencia, y que podían requerir la traducción a otros idiomas, lo cual podría plantear problemas administrativos al depositario, lo que a su vez podría crear obstáculos para la aprobación del proyecto de convenio. En respuesta a esas reservas, varias delegaciones señalaron que esas notificaciones podían consistir en declaraciones muy simples en las que se hiciera constar si un Estado Contratante aplicaría o no el párrafo 4; también se señaló que las declaraciones podían ser enviadas a organizaciones que no fueran el depositario para su recopilación y difusión. Hubo acuerdo general en que esa cuestión debería volver a tratarse ulteriormente.

78. Se formuló una objeción sobre la estructura del capítulo relativo a la vía judicial, en el sentido de que el proyecto de artículo 75 regulaba únicamente las reclamaciones contra el porteador y, a continuación, el proyecto de artículo 76 regulaba las acciones contra el cargador y el porteador a la vez, pero al parecer, dejando aparte el proyecto de artículo 76, las acciones del porteador contra el cargador no se regulaban en las disposiciones subsiguientes. Se expresó la opinión de que no se trataba de un descuido en el proyecto de artículo 75, dado que con la solución de transacción a que se había llegado para todo el capítulo se pretendía que los propietarios de la carga tuvieran acceso a un foro adecuado para resolver las controversias pese a la existencia de una cláusula de jurisdicción o competencia exclusiva que el porteador pudiera haber incorporado al contrato de transporte.

A este respecto, se sugirió que se suprimieran los corchetes en las palabras "contra un porteador", en el párrafo 5 del proyecto de artículo 76, de modo que el porteador quedara vinculado por un foro de jurisdicción exclusiva que hubiera seleccionado. No obstante, en lo que se refiere a la estructura general del capítulo, se observó que efectivamente la intención del artículo 81 *bis* era que se aplicara a las decisiones adoptadas en acciones legítimas del porteador contra el cargador y que, si tal no era el caso, deberían hacerse ajustes al texto del proyecto de artículo 81 *bis*.

79. También se expresaron reservas sobre la claridad del texto con respecto a la finalidad del proyecto de artículo 81 *bis*. Se opinó que esa disposición significaba que si un Estado hacía una notificación en virtud del párrafo 4 del proyecto de artículo 76, no estaría obligado por el proyecto de artículo 81 *bis* a reconocer una sentencia de un Estado que no reconociera la exclusividad de su cláusula de jurisdicción. Se convino en que, de ser necesario, se aclararía el texto del proyecto de artículo 81 *bis* para reflejar esta posición.

80. Se formuló otra reserva relativa a la relación entre los párrafos 4 y 5 del proyecto de artículo 76. Dado que el párrafo 4 se consideraba el núcleo de la fórmula de transacción adoptada en este capítulo, se dijo que era importante determinar por qué razón, en su frase inicial, el párrafo 4 quedaba sujeto al párrafo 5. En particular, se consideró que el párrafo 4 no debería quedar sujeto a la segunda oración del párrafo 5 y que debería constituir un párrafo aparte dentro del proyecto de artículo 76.

81. Varias delegaciones reiteraron su posición de que en el proyecto de instrumento no debería figurar ningún artículo sobre la vía judicial. Se dijo también que, si bien se valoraba el espíritu de avenencia, los artículos revisados no promovían suficientemente la uniformidad y más bien propiciarían la elección del foro más conveniente y la presentación de múltiples demandas, con la consiguiente reducción de la certidumbre y el aumento de los costos para los litigantes. Se reiteró otra opinión según la cual en el proyecto de instrumento debería darse pleno efecto a las cláusulas de jurisdicción exclusiva y se afirmó que la opinión según la cual este enfoque sería injusto para los terceros era insostenible, porque podía contratarse un seguro y porque los terceros siempre podrían obtener la información relativa a la jurisdicción recurriendo a fuentes públicas o consultando a los propios porteadores.

82. Se sugirieron varios cambios de redacción. Una de las sugerencias aprobadas fue la inclusión de la conjunción "y" entre los apartados a) y b) del proyecto de artículo 76. También se sugirió que se reemplazaran, en el párrafo 1 del proyecto de artículo 81 *bis*, las palabras "de conformidad con la legislación del Estado Contratante" por las palabras "con sujeción a lo que disponga la legislación del Estado Contratante", a fin de dar mayor claridad al proyecto de artículo. Se expresó además la opinión de que el enunciado del proyecto de artículo 81 *bis* tal vez fuera un poco estricto, pudiendo implicar que un tribunal al que se recurriera en virtud del proyecto de artículo 76.4 podría no reconocer una sentencia de otro tribunal al que se recurriera conforme al mismo proyecto de artículo. Se sugirió asimismo que la versión anterior del párrafo 2 del proyecto de artículo 81 *bis*, contenida en el párrafo 70 *supra*, era preferible, porque permitía que los Estados que necesitaban el párrafo 1 del proyecto de artículo 81 *bis* como base jurídica para el reconocimiento de las sentencias en general reconocieran las decisiones adoptadas de conformidad con el párrafo 4 del proyecto de artículo 76. También se sugirió que en el párrafo 3

del proyecto de artículo 76 se incorporara una regla clara sobre el conflicto de leyes que determinara el derecho que rige para los terceros.

83. El proyecto de artículo XX, relativo a la participación de organizaciones regionales de integración económica, no se examinó.

Conclusiones del Grupo de Trabajo acerca del capítulo propuesto sobre la vía judicial:

84. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que:

- La solución de transacción enunciada en el proyecto de texto propuesto para el capítulo 16 era aceptable y quedaba aceptada, con algunas reservas en lo relativo a la notificación de los terceros con arreglo al proyecto de artículo 76.3;
- Se agregara la conjunción "y" entre los apartados a) y b) del proyecto de artículo 76; y
- Se examinaran otras sugerencias relativas a la redacción y aclaraciones teniendo en cuenta todos los comentarios recogidos en los párrafos anteriores.

Vía arbitral - Capítulo 17

Debate general

85. Se recordó al Grupo de Trabajo que ya había examinado el capítulo sobre la vía arbitral en sus períodos de sesiones 14º (véase A/CN.9/572, párrs. 151 a 157) y 15º (véase A/CN.9/576, párrs. 176 a 179). Se recordó que durante esos períodos de sesiones del Grupo de Trabajo se expresaron dos opiniones categóricas. Según una de ellas, el principio de la libertad para recurrir al arbitraje estaba profundamente arraigado y la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 1958 (en adelante, "la Convención de Nueva York") y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional ofrecían un marco adecuado para el arbitraje, con lo cual se obviaba la necesidad de incluir en el proyecto de convenio un capítulo sobre el arbitraje. Según la otra opinión, toda parte en una controversia debería poder recurrir al arbitraje, pero las partes no deberían abusar de ese recurso utilizándolo solo para eludir las bases de jurisdicción enunciadas en el proyecto de artículo 75 del proyecto de convenio.

86. Se explicó al Grupo de Trabajo el contenido de la propuesta que figuraba en el documento A/CN.9/WG.III/WP.54. Se indicó que esa propuesta tenía la finalidad de llegar a una transacción entre las opiniones expresadas sobre el arbitraje durante los períodos de sesiones 14º y 15º. Se señaló que los principales aspectos de ese texto de transacción eran la supresión de todo el capítulo relativo a la vía arbitral (véase A/CN.9/WG.III/WP.54, párr. 5 e)), y la adición al proyecto de convenio del párrafo 2 del proyecto de artículo 78 (véase A/CN.9/WG.III/WP.54, párr. 5 b)), cuya finalidad era evitar que se eludieran las reglas del proyecto de convenio relativas a la jurisdicción. Un aspecto suplementario de la propuesta consistía en incluir en el proyecto de artículo 81 una referencia por la que adquiriera eficacia todo acuerdo concertado por las partes con miras a someter a arbitraje las

controversias que surgieran. Por último, se explicó que la intención del texto de transacción era mantener el *statu quo* en lo que respecta al recurso al arbitraje en el ramo de los transportes marítimos formulando reglas de arbitraje mínimas aplicables al ramo de las líneas regulares, pero disponiendo la libertad de arbitraje en el ramo de los servicios de transportes no regulares mediante la adición de un proyecto de artículo 81 *bis* (véase A/CN.9/WG.III/WP.54, párr. 5 e)).

87. Además, las observaciones formuladas en el documento A/CN.9/WG.III/WP.59 se explicaban por referencia al párrafo final de dicho documento en el que se sugería que, ante la confianza generalizada en el arbitraje en todo el ramo de los transportes marítimos, la solución más apropiada, para el proyecto de convenio, consistiría en que se incluyera en él una disposición que permitiera la ejecutabilidad de los acuerdos de arbitraje en contratos de transporte sin ningún tipo de limitación.

Libertad ilimitada para recurrir al arbitraje

88. Se apoyó la opinión de que en el proyecto de convenio debería permitirse la ejecutabilidad sin obstáculos de los acuerdos de arbitraje de los contratos de transporte. Se señaló que el arbitraje era una forma muy común de solución de controversias en todo el mundo, tratándose de controversias derivadas de contratos de transporte. Se expresó escepticismo sobre la necesidad de salvaguardar el régimen de jurisdicción enunciado en el proyecto de convenio mediante la reducción de la libertad de recurrir al arbitraje en el ramo de los transportes de servicios regulares, donde nunca se había recurrido mucho al arbitraje y donde, según se afirmó, era improbable que se hiciera con el objetivo de eludir la vía judicial. Además, se advirtió de que no convenía regular excesivamente el arbitraje, pues ello mermaría su eficacia.

Las disposiciones de arbitraje en las Reglas de Hamburgo

89. Se expresó también la opinión de que el Grupo de Trabajo debería plantearse la adopción de reglas de arbitraje similares a las enunciadas en el artículo 22 de las Reglas de Hamburgo, y que ya se habían sometido al examen del Grupo de Trabajo en el capítulo relativo al arbitraje de los documentos A/CN.9/WG.III/WP.32 y A/CN.9/WG.III/WP.56. Una de las ventajas de esas reglas radicaría en que ya serían el producto de una transacción que tuvo lugar durante su negociación. Algunas delegaciones apoyaron este punto de vista. Sin embargo, se argumentó que una de las dificultades que planteaba el enfoque de las Reglas de Hamburgo era que reducían la certeza comercial al permitir que el procedimiento de arbitraje se celebrara en uno de diferentes lugares posibles. Se consideró que una de las ventajas de la propuesta enunciada en A/CN.9/WG.III/WP.54 consistía en que permitía la resolución de una controversia bien a través del arbitraje en un lugar determinado citado en la disposición sobre el arbitraje, bien en un tribunal situado en un lugar designado de conformidad con el proyecto de artículo 75. No obstante, se observó también que la diversidad de los lugares en que cabía entablar un procedimiento de arbitraje podía considerarse una ventaja de las Reglas de Hamburgo, al promover el desarrollo del arbitraje permitiendo que sus procedimientos se celebraran en distintos lugares pero con referencia a la misma serie de reglas.

La propuesta de transacción del documento A/CN.9/WG.III/WP.54

90. Varias delegaciones puntualizaron que su posición inicial, cuando se examinó por primera vez la vía arbitral durante el 14º período de sesiones del Grupo de Trabajo, había sido la de permitir la libertad total de recurrir al arbitraje. No obstante esas delegaciones, en aras de la transacción, habían apoyado la propuesta del documento A/CN.9/WG.III/WP.54, particularmente por su deferencia hacia el régimen internacional de arbitraje existente y también porque mantenía el *statu quo* respecto de las prácticas de arbitraje en el ramo de los transportes marítimos. Se expresaron ciertas reservas sobre la posibilidad de que la propuesta de transacción limitara de hecho el desarrollo del arbitraje al ramo de los transportes regulares, dado que no era probable que las empresas comerciales incluyeran una cláusula compromisoria en un contrato, a menos que tuvieran la certeza del lugar en que el procedimiento de arbitraje tendría lugar, y eso no sería posible si esa elección estaba sujeta a la lista enumerada en el proyecto de artículo 75. Por último, si bien una serie de delegaciones estimó que habría que perfeccionar la redacción de la propuesta, sobre todo teniendo en cuenta las nuevas disposiciones examinadas para el capítulo sobre la vía judicial, se apoyó la propuesta como solución de transacción encaminada a promover los esfuerzos del Grupo de Trabajo y como base para futuras deliberaciones.

Aclaraciones sobre el efecto que se pretende dar a la propuesta de transacción

91. Se formuló una pregunta sobre la interacción entre los apartados a) y b) del párrafo 2 del proyecto de artículo 78, y si habría que pedir al demandante que fijara un breve plazo durante el cual el porteador habría de decidir si traslada o no las actuaciones arbitrales del lugar previsto en la cláusula compromisoria al lugar designado por el proyecto de artículo 75. En respuesta a una pregunta sobre qué partes podían demandar al porteador en virtud del proyecto de artículo 78.2 a), se sugirió que tal vez fuera mejor abordar las respuestas a esta y a otras preguntas cuando el Grupo de Trabajo examinara el capítulo relativo a los derechos de acción o procesales y quizás el capítulo relativo al plazo para presentar una demanda, cuyo examen estaba previsto en el siguiente período de sesiones.

Modificaciones sugeridas para la propuesta de transacción

92. Además de los ajustes generales que había que hacer en la propuesta de transacción a la vista de los cambios que se examinaban en las disposiciones sobre la vía judicial del proyecto de instrumento, se sugirieron ciertas modificaciones concretas. Teniendo en cuenta que las deliberaciones del Grupo de Trabajo se habían centrado en la jurisdicción y en las cláusulas de elección de foro, en el marco del proyecto de artículo 76, se opinó que deberían permitirse las cláusulas de arbitraje exclusivo y que estas deberían ejecutarse por las mismas razones que las cláusulas de elección exclusiva de foro. Se expresó cierto apoyo a la sugerencia de que se aclarara el efecto de un acuerdo de arbitraje para terceros en un contrato de transporte y que habría de armonizarse en vez de dejarse al arbitrio del derecho interno, como en el proyecto de artículo 81 *bis*. Se citó como modelo de este enfoque el proyecto de artículo 83 del proyecto de convenio. Se respondió objetando que el establecimiento de normas relativas a terceros podía afectar al ámbito de aplicación de la Convención de Nueva York sobre la ejecutabilidad de los acuerdos de arbitraje. Además, varias delegaciones apoyaron la inclusión en el texto de una

disposición del tenor del proyecto de artículo 85 del capítulo sobre el arbitraje por la que se requiriera a un árbitro que aplicara las reglas del proyecto de convenio. Se replicó que tal norma era innecesaria, ya que todo árbitro se basaría en el contrato de transporte al decidir las reglas que habría que aplicar y, al hacerlo, el árbitro podía llegar a la conclusión de que el proyecto de convenio era aplicable o no.

93. Se sugirieron algunos cambios de redacción en el texto. Se apoyó la opinión de que la palabra "únicamente", en el proyecto de artículo 81 *bis*, debería figurar entre corchetes o eliminarse. También se sugirió que se suprimieran por completo las palabras "[para recurrir a los tribunales o]" del proyecto de artículo 81 *bis*, dado que las cláusulas de jurisdicción no eran comunes en el ramo de los transportes no regulares, y la intención de la propuesta era preservar el *statu quo*. Se expresaron asimismo otras opiniones a favor del texto y de la supresión únicamente de los corchetes. Como alternativa, y para aclarar el contenido del proyecto de apartado 78.2 b), se propuso y se apoyó la siguiente variante:

> "El porteador solo podrá solicitar un procedimiento arbitral conforme a lo estipulado en el acuerdo de arbitraje cuando la persona que haya entablado una demanda contra el porteador interponga un recurso judicial en un lugar especificado en el acuerdo de arbitraje."

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre las disposiciones relativas a la vía arbitral:

94. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que:

- La propuesta de transacción enunciada en el documento A/CN.9/WG.III/WP.54 gozaba de un amplio consenso; y
- Esta propuesta debería constituir la base para la labor futura, una vez introducidas las modificaciones procedentes teniendo en cuenta las deliberaciones del Grupo de Trabajo que se señalan más arriba, así como para la revisión prevista del proyecto de artículo 76 sobre jurisdicción.

Proyecto de texto revisado para el capítulo sobre la vía arbitral

Debate general

95. El Grupo de Trabajo prosiguió sus deliberaciones sobre la base del siguiente texto propuesto por algunas delegaciones, que habría de insertarse en un nuevo proyecto de capítulo relativo a la vía arbitral en el proyecto de convenio:

"Artículo 83. Acuerdos de arbitraje

A reserva de lo dispuesto en el artículo 85, si en un contrato de transporte sujeto al presente Convenio figura un acuerdo de arbitraje o una cláusula compromisoria, serán aplicables las siguientes disposiciones:

a) La persona que tenga una reclamación frente al porteador podrá optar por:

i) Entablar un procedimiento arbitral de acuerdo con los términos del acuerdo de arbitraje en el lugar en él especificado, o

ii) Incoar un procedimiento judicial en algún otro lugar, siempre y cuando ese lugar esté especificado en los párrafos a), b) o c) del artículo 75;

b) Si una persona tiene una reclamación contra un porteador, el porteador solo podrá solicitar un procedimiento de arbitraje conforme a los términos del acuerdo de arbitraje si dicha persona incoa un procedimiento judicial en:

i) Un lugar especificado en el acuerdo de arbitraje, o

ii) Un tribunal que dé efecto, conforme al artículo 76, a un acuerdo de jurisdicción o de competencia exclusiva en el que se especifique el lugar mencionado en el acuerdo de arbitraje que sea exclusivo en lo que respecta a la acción frente al porteador.

Artículo 84. Acuerdo de arbitraje en servicios de transportes no regulares

Nada de lo dispuesto en el presente Convenio afectará a la ejecutabilidad de un acuerdo de arbitraje incorporado a un contrato de transporte por servicios no regulares al que el presente Convenio o sus términos sean aplicables por razón de:

a) La aplicación del artículo 10[4], o

b) La incorporación voluntaria por las partes del presente Convenio, como cláusula contractual, a un contrato de transporte que, de otro modo, no estaría sujeto al presente Convenio.

Artículo 85. Acuerdos de arbitraje concertados después de surgir controversias

No obstante lo dispuesto en el presente capítulo y en el capítulo 16, una vez que haya surgido una controversia, las partes en ella podrán convenir en resolverla recurriendo al arbitraje en cualquier lugar."

96. Se reiteró que las propuestas de proyectos de artículo 83, 84 y 85 tenían la finalidad de llegar a una solución de transacción entre las delegaciones que eran partidarias de la aplicación más amplia del principio de la libertad de arbitraje en el proyecto de convenio y las delegaciones que consideraban que, si bien las partes en una controversia deberían poder recurrir al arbitraje, ese procedimiento no debería utilizarse para eludir las bases de la jurisdicción enunciadas en el proyecto de artículo 75 del proyecto de convenio. Se recordó al Grupo de Trabajo que el objetivo de los proyectos de disposición era reflejar las necesidades de los profesionales del derecho con respecto a la utilización de la vía arbitral en el ramo de los transportes marítimos previendo una libertad limitada de recurrir al arbitraje con respecto a las empresas de servicios regulares de transporte, en las que no era frecuente recurrir al arbitraje, al tiempo que se daba una amplia libertad para recurrir al arbitraje en el ramo de los servicios no regulares, donde, por el contrario, el arbitraje era el método más común para la solución de controversias.

---

[4] Esta referencia podría modificarse en función de la futura revisión del proyecto de artículo 10 del proyecto de convenio.

97. Se indicó que en el nuevo proyecto propuesto se enmendaba el texto que figuraba en el documento A/CN.9/WG.III/WP.54 sustituyéndolo por un nuevo proyecto de inciso 83 b) ii); suprimiendo la palabra "únicamente" en el proyecto de artículo 84, con sujeción a lo que decida el Grupo de Trabajo al revisar el proyecto de artículo 10; suprimiendo las palabras entre corchetes "[para recurrir a los tribunales o]" en el proyecto de artículo 84; e introduciendo un nuevo proyecto de artículo 85 en el que se enunciaba por separado un principio reflejado en el párrafo 5 c) del documento A/CN.9/WG.III/WP.54. No hubo deliberaciones sobre la supresión de las palabras entre corchetes "[para recurrir a los tribunales o]".

98. Se expresaron ciertas dudas sobre la propuesta de proyecto de texto, en particular respecto de la posibilidad de que propiciara la elección del foro más conveniente y provocara una gran cantidad de acciones. Además, también se formularon algunas reservas sobre la propuesta de proyecto de artículo 83 y sobre la posibilidad de que este pudiera limitar el acceso al arbitraje en determinadas circunstancias. En general se reiteró el espíritu de transacción y se apoyó el enfoque de la propuesta, con objeciones concretas que se analizan a continuación.

Nuevo proyecto de inciso 83 b) ii)

99. Se indicó que había un paralelismo entre los acuerdos de elección de jurisdicción exclusiva, por una parte, y los acuerdos de arbitraje, por otra, y que, por consiguiente, deberían tratarse los dos tipos de acuerdos de forma similar en el proyecto de convenio en lo que se refiere a la autonomía contractual. En consecuencia, se indicó que el objetivo del inciso 83 b) ii) era permitir los acuerdos de arbitraje en los casos en que hubiera una cláusula de jurisdicción exclusiva reconocida en virtud del proyecto de artículo 76 del proyecto de convenio, relativo al reconocimiento de las cláusulas de elección de jurisdicción exclusiva. Se observó que el efecto del inciso ii) aumentaría la libertad de recurrir al arbitraje en el ramo de los servicios de transportes de línea. Tras una solicitud de aclaración, se explicó que el inciso ii) del párrafo b) del proyecto de artículo 83 requería la existencia de un acuerdo de arbitraje para su aplicación y se sugirió que se enmendara el texto para que ello quedara específicamente indicado. Se observó además que el proyecto de inciso ii) era únicamente aplicable a las acciones contra el porteador y que no entraban en su ámbito las acciones presentadas por el porteador.

100. Sin embargo, se expresaron ciertas dudas acerca del proyecto de inciso ii) tras exponerse una opinión según la cual las cláusulas de elección de jurisdicción exclusiva y los acuerdos de arbitraje tenían un carácter diferente y consecuencias distintas y que, por lo tanto, deberían regularse de forma diferente en el proyecto de convenio. En particular, se consideró problemático el vínculo con el proyecto de artículo 76 porque asociaba los acuerdos de arbitraje con la decisión de un Estado de dar efecto o no a los acuerdos de elección de jurisdicción exclusiva. También se objetó que el proyecto de inciso ii) podría privar al cargador de un lugar razonable para proteger sus intereses, especialmente habida cuenta de los elevados costos del arbitraje en comparación con los de las acciones judiciales. Por consiguiente se sugirió que se suprimiera el inciso ii) del párrafo b) del artículo 83.

La Convención de Nueva York y el proyecto de artículo 83

101. Se señaló que el efecto del proyecto de artículo 83 consistiría en permitir a los tribunales, en determinadas condiciones, declarar que, pese a la existencia de un acuerdo de arbitraje concertado de buena fe, dicho acuerdo no sería vinculante para las partes. Se agregó que ese resultado no solo resultaba inhabitual en el derecho mercantil moderno sino que además era contrario a los principios básicos de arbitraje enunciados en diversos instrumentos de amplia aceptación, como la Convención de Nueva York, concretamente en el párrafo 3 de su artículo II, y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje. Se añadió que, si bien el principio del respeto del acuerdo de arbitraje podía tolerar ciertas excepciones, como en el caso del párrafo 3 del artículo 22 de las Reglas de Hamburgo, esas excepciones no podían hacerse valer para impedir el acceso al arbitraje, tal como lo preveía el nuevo proyecto de artículo 83, sin vulnerar radicalmente ese principio. Se sugirió que el Grupo de Trabajo recabara la opinión del Grupo de Trabajo de la CNUDMI II (sobre Arbitraje) acerca de las disposiciones del proyecto de convenio en relación con el arbitraje.

102. Se respondió que, por varias razones, el texto propuesto no era incompatible con la Convención de Nueva York. Se explicó además que el principio fundamental de la Convención de Nueva York no requería el reconocimiento general de todos los acuerdos de arbitraje sino únicamente la no discriminación de éstos respecto de las cláusulas de jurisdicción. Se agregó que, dado que en el proyecto de propuesta se permitían los acuerdos de arbitraje exactamente en los mismos casos en que se reconocían las cláusulas de jurisdicción exclusiva, el principio fundamental de la Convención de Nueva York no se veía afectado por el texto propuesto. Además, se indicó que la restricción de la eficacia de los acuerdos de arbitraje era una consecuencia de la práctica seguida en el comercio marítimo, que preveía restricciones para recurrir al arbitraje en determinadas circunstancias y en ciertos ramos.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre las disposiciones revisadas relativas al arbitraje:

103. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Se apoyara el enfoque general de los proyectos de artículo 83, 84 y 85, como parte de una fórmula de transacción entre la vía judicial y la arbitral;
- Se mantuvieran en el texto del proyecto de convenio, para futuros debates, los proyectos de artículo 83, 84 y 85 en un proyecto de capítulo dedicado a la vía arbitral;
- Se colocara entre corchetes la parte introductoria del proyecto de artículo 83 en espera de que se aclarara la relación entre dicho proyecto de artículo y la Convención de Nueva York, y con sujeción a la resolución de todo posible conflicto entre ambos instrumentos; y
- Se colocara entre corchetes el inciso ii) del apartado b) del proyecto de artículo 83 del proyecto de convenio en espera de su siguiente lectura.

Obligaciones del cargador - Capítulo 8

Debate general

104. Se recordó al Grupo de Trabajo que muy recientemente había examinado el capítulo del proyecto de convenio relativo a las obligaciones del cargador durante su 13º período de sesiones (véase A/CN.9/552, párrs. 118 a 161).

105. Se observó que este capítulo, relativo a las obligaciones del cargador, se desviaba de la práctica seguida en el ramo de los transportes marítimos, puesto que otros instrumentos internacionales que regían el transporte marítimo no contenían disposiciones tan exhaustivas sobre las obligaciones del cargador. Se señaló que en las Reglas de La Haya-Visby había una única disposición al respecto (el párrafo 3 del artículo 4), mientras que en las Reglas de Hamburgo había dos reglas sobre las obligaciones del cargador (los artículos 12 y 13). Algunos convenios de transporte, como el Convenio de Budapest relativo al contrato de transporte de mercancías por vías de navegación interior (el Convenio de la CMNI), sí contenían disposiciones similares, pero se observó que con el proyecto de convenio se creaba un nuevo régimen de la responsabilidad de los cargadores que algunos consideraban oneroso.

106. Se expresaron dudas sobre si era preciso que en el proyecto de convenio figurara un capítulo al respecto. Se expresó la opinión de que el capítulo imponía a los cargadores una responsabilidad onerosa y se sostuvo que los pequeños cargadores, en particular los de países en desarrollo, podrían tener dificultades para cumplir los requisitos del proyecto de convenio. También se expresaron reservas sobre las disposiciones del capítulo relativas a la carga de la prueba impuesta al cargador y a la base de la responsabilidad del cargador, que se examinan con más detenimiento en los párrafos 136 a 153 *infra*.

107. Las delegaciones apoyaron en general la propuesta de incluir en el proyecto de convenio el capítulo relativo a las obligaciones del cargador, dado que reflejaba el contexto actual en el que el contrato de transporte requería que el cargador y el porteador cooperaran para prevenir las pérdidas de mercancías o impedir que se produjeran daños en las mercancías o en el buque. Se expresó la opinión de que con el correr de los años, las obligaciones enunciadas en el contrato de transporte habían evolucionado y ya no se limitaban a la mera aceptación de hacerse cargo del transporte de las mercancías y de pagar dicho transporte. Se dijo que esta cooperación entre el cargador y el porteador debería plasmarse en el proyecto de convenio.

108. Si bien se apoyó la inclusión en el proyecto de instrumento de un capítulo relativo a las obligaciones del cargador, se observó que los proyectos de artículo que figuraban en el capítulo iban demasiado lejos y trascendían la relación entre las partes en el contrato de transporte. Así pues, se consideró que deberían eliminarse de este capítulo aspectos de las disposiciones que iban más allá de la relación contractual y que guardaban relación con terceros, como los consignatarios. En este contexto, se señaló que era necesario establecer en el proyecto de convenio un equilibrio global entre las obligaciones del cargador y las del porteador, y se expresó la opinión de que no era inapropiado que en el proyecto de convenio se impusieran obligaciones a los cargadores. No obstante, se advirtió de que si se preveían

obligaciones innecesariamente detalladas para los cargadores, se crearían obstáculos en la ratificación del proyecto de convenio. Aún así, las delegaciones expresaron un amplio apoyo a la inclusión del capítulo en el proyecto de convenio, habida cuenta de las tendencias actuales a las que ya se ha hecho referencia en el párrafo anterior.

Proyecto de artículo 28. Entrega de las mercancías para su transporte

Debate general

109. Se recordó al Grupo de Trabajo que la última vez que había examinado el proyecto de artículo 28 había sido en su 13º período de sesiones (véase A/CN.9/552, párrs. 118 a 125). El Grupo de Trabajo examinó el texto del proyecto de artículo 28 que figuraba en los anexos I y II del documento A/CN.9/WG.III/WP.56.

Primera oración

110. El texto de la primera oración obtuvo un apoyo general de las delegaciones. Además, se propuso y se convino en general en que, en la versión inglesa, las palabras "unless otherwise agreed", que figuraban en el medio de la oración, se trasladaran al principio. La razón de este cambio es que, al leer el texto, se podría entender que la disponibilidad de las mercancías para el transporte no era algo sobre lo que las partes pudieran llegar a un acuerdo, y que podía haber casos en que el cargador y el porteador convinieran en transportar mercancías que no estuvieran listas para el transporte por falta de tiempo. En respuesta a las objeciones planteadas, se apoyó la opinión de que el traslado de las palabras al principio de la oración no daba a entender que las partes podían convenir en no atenerse a la obligación de embalar y estibar las mercancías de la forma más segura, dado que esas obligaciones estarían sujetas a otras disposiciones como, por ejemplo, a las relativas a las mercancías peligrosas. No obstante, se expresó la opinión contraria de que el cargador no debería poder desdecirse de las obligaciones que le imponía la primera oración del proyecto de artículo.

Segunda oración

111. Algunas delegaciones estimaron que la segunda oración podía suprimirse por completo, ya que era superflua y no añadía nada a lo ya dispuesto en la primera. Se consideró que, si se retenía su texto, solo se introduciría ambigüedad en la disposición y se propiciarían problemas de interpretación del proyecto de artículo en su conjunto.

112. Se expresó un apoyo decidido al mantenimiento de la segunda oración en el texto, pues se estimaba que tenía por lo menos valor práctico al recordar al cargador la importancia del estibado y del afianzamiento de las mercancías para que resistan el transporte. Se señaló que iba en aumento la incidencia de los daños y lesiones ocasionados por cargas mal sujetas y afianzadas, por lo que era necesario subrayar la importancia de afianzar adecuadamente las mercancías para que resistan el transporte previsto.

113. No obstante la decisión del Grupo de Trabajo de retener esta oración en el texto, se señaló que la segunda oración era demasiado detallada y repetitiva y se sugirió que se simplificara y que sus aspectos esenciales se incorporaran a la primera oración. Algunas delegaciones apoyaron otra opinión conforme a la cual la

segunda oración debería sustituirse por el texto enunciado en las notas 116 y 435 del documento A/CN.9/WG.III/WP.56.

114. Se formuló una propuesta de redacción a tenor de la cual el cargador debería tener la libertad de desdecirse de la obligación que figura en la segunda oración y que dicha oración debería empezar también con las palabras "de no estipularse otra cosa en el contrato de transporte". Se expresaron opiniones en sentido contrario, incluida la sugerencia de que la segunda oración empezara con las palabras "sin perjuicio de lo anterior", a fin de indicar claramente su relación con la primera oración.

115. En otras sugerencias de redacción se propuso que la segunda oración pasara a ser un párrafo aparte, ya que, al traducirse a otros idiomas, las palabras "de no estipularse otra cosa en el contrato de transporte" regirían tanto la primera como la segunda frase. Se observó que las palabras "contenedor" y "remolque", utilizadas en la segunda oración, podrían armonizarse con el texto empleado en otras partes del proyecto de convenio, como en el proyecto de artículo 64.3, que hacía referencia a "medios auxiliares de transporte".

Sugerencias de redacción para todo el proyecto de artículo

116. Se sugirieron diversas enmiendas respecto de la totalidad del proyecto de artículo. Se apoyó la sugerencia de revisar el título del capítulo de forma que reflejara mejor su alcance indicando que regulaba las "obligaciones del cargador frente al porteador". También se sugirió que el texto del proyecto de artículo propiamente dicho dejara claro frente a quién era responsable el cargador, particularmente habida cuenta de la posible amplitud de las disposiciones del capítulo 14 sobre los derechos de acción o procesales en el marco del proyecto de convenio.

117. Se apoyó en general la observación de que las palabras "transporte previsto", que figuraban en ambas oraciones, habían de entenderse referidas a todos los tramos del transporte. A fin de aclarar esa idea, se sugirió que, en las dos oraciones, se antepusiera la expresión "todos los tramos del" a las palabras "transporte previsto".

118. Se sugirió también emplear un lenguaje más sencillo y términos más simples como "carga" y "descarga" en ambas oraciones, en vez de enumerar las obligaciones del estibado y afianzamiento de las mercancías. Se consideró también que la enumeración de esos métodos podía inducir a error si uno de ellos no era empleado, y, como variante, se sugirió que se sustituyera la lista por la expresión "listas preparadas para el transporte". También se dijo que la lista provocaba redundancias y solapamientos de términos al traducirse a otros idiomas.

Utilización de la expresión "lesión corporal"

119. Se expresó la opinión de que la utilización de tal expresión en el proyecto de artículo resultaba inapropiada, pues podía entenderse que se ampliaba el ámbito de aplicación de la disposición más allá de lo dispuesto en el contrato de transporte entre el cargador y el porteador abarcando también a terceros. Se estimó que la expresión "lesión corporal" debería sustituirse por el término "pérdida", a fin de transmitir la intención de que cuando, por ejemplo, las mercancías mal embaladas por un cargador causara una lesión corporal a un empleado del porteador,

el porteador tendría derecho a solicitar indemnización al cargador por la pérdida sufrida al tener que indemnizar al empleado. También se expresó la opinión de que la palabra "pérdida" debería reemplazar a los dos términos "lesión corporal o daño" en el proyecto de artículo. No obstante, según otra opinión, la disposición no debería establecer ninguna responsabilidad independiente del cargador por lesión corporal causada a un tercero, pero esa expresión debería volver a examinarse una vez que el Grupo de Trabajo hubiera estudiado el proyecto de artículo 31 sobre el fundamento de la responsabilidad del cargador. Otra sugerencia de redacción para limitar la aplicación de esta disposición a las partes en el contrato de transporte consistía en agregar, después de las palabras "lesión corporal o daño alguno", la expresión "de los que sea responsable el porteador".

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 28

120. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que:

- El título del capítulo hiciera referencia a las obligaciones del cargador frente al porteador;
- El traslado, en la versión inglesa, de las palabras "unless otherwise agreed" al principio del párrafo fuera una de las modificaciones del texto de la primera oración que examinara la Secretaría, además de otras modificaciones que se han sugerido durante el debate;
- Se mantuviera en el texto la segunda oración pero que la Secretaría simplificara su enunciado, teniendo en cuenta el texto de las notas de pie de página 116 y 435 del documento A/CN.9/WG.III/WP.56, así como las observaciones y sugerencias formuladas durante el transcurso de los debates en el Grupo de Trabajo; y
- Se aclarara la utilización de la expresión "lesión corporal", que tal vez podría ponerse entre corchetes como variante, y que la Secretaría volviera a estudiarla en un futuro proyecto en el contexto del examen del proyecto de artículo 31 por parte del Grupo de Trabajo.

Proyecto de artículo 29. Obligación del porteador de facilitar información e instrucciones

Debate general

121. Se recordó al Grupo de Trabajo que había examinado por última vez el proyecto de artículo 29 en su 13º período de sesiones (véase A/CN.9/552, párrs. 124 a 129).

122. Se observó que esta disposición reflejaba el deber de cooperación entre las partes en el intercambio de la información necesaria para el cumplimiento del contrato de transporte. También se hizo referencia a este respecto al principio de buena fe en las relaciones contractuales. Se manifestaron opiniones diferentes sobre si el proyecto de artículo 29 tenía por objetivo definir el deber del porteador de prestar asistencia al cargador en el cumplimiento de la obligación que impone a este último el proyecto de artículo 30 de facilitar información, instrucciones y documentos al porteador, o en el cumplimiento de la obligación que impone al cargador el proyecto de artículo 28 de hacer entrega de las mercancías listas para su transporte. Se expresó apoyo a la opinión de que el propósito del proyecto de

artículo 29 no era establecer una responsabilidad independiente del porteador si no facilitaba al cargador la información necesaria, sino más bien la de negar al porteador la posibilidad de basarse en el hecho de no haber facilitado esa información como defensa frente a una demanda relativa a la carga.

123. Se manifestó apoyo a la opinión de que debía suprimirse el proyecto de artículo 29. Se sugirió que las obligaciones del porteador que en él figuraban estaban ya incluidas, al menos implícitamente, en el proyecto de capítulo 5 relativo a las obligaciones del porteador. También se expresó la opinión de que el proyecto de artículo 29 era demasiado amplio y demasiado subjetivo para añadir algo positivo a la obligación implícita ya existente del porteador. Se manifestó apoyo a la propuesta de sustituir el proyecto de artículo 29 por una disposición general sobre el deber de las partes de cooperar en el intercambio de información para facilitar el cumplimiento del contrato de transporte. Se propuso que, además de suprimirse el proyecto de artículo 29, se suprimiera también el proyecto de artículo 18, que establece la responsabilidad del porteador por pérdidas o daños causados por su incumplimiento del proyecto de artículo 29.

124. Sin embargo, también se sostuvo la opinión contraria de que se mantuviera el proyecto de artículo 29. Se manifestó apoyo a la opinión de que esta disposición podía ser particularmente importante en el transporte multimodal si el porteador no estaba obligado a elegir los modos de transporte antes del cumplimiento del contrato de transporte aunque esos modos pudieran influir en el cumplimiento por el cargador de la obligación que le impone el proyecto de artículo 28 de entregar las mercancías listas para su transporte. En respuesta a ello, se observó que el porteador puede no saber realmente de antemano cuáles modos de transporte utilizará. Como apoyo adicional al mantenimiento del proyecto de artículo 29, se indicó que era útil exponer explícitamente las obligaciones del porteador y que se podía considerar también que la disposición equilibraba las obligaciones de las partes con respecto a la obligación de facilitar información. A este propósito, se manifestó la opinión de que se debían suprimir los términos “que este solicite” del proyecto de artículo 29 ya que el proyecto de artículo 30 no incluía ninguna precisión similar con respecto a la obligación del cargador de facilitar información.

125. Se sugirió que se aplazara la decisión del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 29 hasta que se debatiera el fundamento de la responsabilidad del cargador a que hace referencia el proyecto de artículo 31, con el fin de poder apreciar plenamente la interacción entre las dos disposiciones.

126. A título de sugerencias concretas sobre la redacción, se manifestó la opinión de que se suprimiera el adverbio entre corchetes “oportunamente”, lo mismo que la última oración del proyecto de artículo 29, también entre corchetes, puesto que, según se dijo, la obligación de facilitar oportunamente información e instrucciones exactas y completas estaba implícita en la obligación general que establecía el proyecto de artículo 29. Además, se sugirió que el mantenimiento de la última oración entre corchetes del proyecto de artículo 29, que exigía que la información y las instrucciones fueran exactas y completas, requeriría el empleo del mismo lenguaje en disposiciones similares que exigían que se facilitara información, por ejemplo, el proyecto de artículo 59. Se manifestó la opinión contraria de que se debía conservar el adverbio “oportunamente” y suprimirse los corchetes ya que,

según se indicó, la obligación de la oportunidad era independiente y no estaba implícita en la obligación general de facilitar información.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 29:

127. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Se mantuviera el proyecto de artículo 29, pero se pusiera entre corchetes a la espera del debate por el Grupo de Trabajo del proyecto de artículo 31;
- Se considerara la posibilidad, al preparar una versión revisada del proyecto de artículo 29, de suprimir el texto actual y sustituirlo por una disposición más general centrada en la cooperación del cargador y el porteador en la aportación de información; y
- Se tuviera en cuenta el proyecto de artículo 18 en las revisiones que se hicieran del texto del proyecto de artículo 29.

Proyecto de artículo 30. Obligación del cargador de facilitar información, instrucciones y documentos

Debate general

128. Se recordó al Grupo de Trabajo que había examinado por última vez el proyecto de artículo 30 en su 13º período de sesiones (véase A/CN.9/552, párrs. 130 a 137).

129. Se observó que esta disposición se pensaba que tendría especial importancia por la práctica contemporánea de transporte que hace que el porteador pocas veces vea las mercancías que transporta, incluso aunque no estén en contenedores. En este contexto, se dijo que la transmisión de información fiable entre el cargador y el porteador tenía la máxima importancia para el cumplimiento correcto de un contrato de transporte, en particular si se trataba de mercancías peligrosas. Se dijo que aunque el apartado b) planteaba algunos problemas de redacción que exigían atención, se debía alentar al Grupo de Trabajo a que tuviera en cuenta en el curso de sus deliberaciones la importancia de las obligaciones que establecía esta disposición para el cargador. Como observación preliminar, se sugirió que la frase del párrafo introductorio "facilitar [oportunamente] al porteador toda la información, las instrucciones y los documentos [exactos y completos]" se debía abordar del mismo modo que el texto similar que se encontraba en el proyecto de artículo 29.

Criterios objetivos y subjetivos

130. Se indicó que la expresión "que puedan ser razonablemente necesarios para", que figura en el párrafo introductorio del proyecto de artículo 30, introducían un criterio objetivo para estimar la necesidad de la información que debía ser facilitada por el cargador, mientras que las expresiones "pueda suponer razonablemente" y "pueda razonablemente suponer" que figuran en los apartados a) y c) del proyecto de artículo 30 establecían un criterio subjetivo para valorar la presunción del cargador de los conocimientos del porteador. Se sugirió que la presencia de ambos criterios podía ser fuente de cierta confusión. Además, se observó que si los apartados a) o c) quedaban finalmente sometidos a un mecanismo de responsabilidad basado en la existencia de una falta, según lo previsto en el

proyecto de artículo 31, no habría necesidad de la expresión "suponer razonablemente", y se podría suprimir.

Apartado b)

131. Se manifestó la opinión de que el texto actual del apartado b) del proyecto de artículo 30 era extremadamente amplio y podía dar origen a problemas en su aplicación, en particular a la vista de que podía someter al cargador al régimen de estricta responsabilidad previsto en el artículo 31. Un ejemplo de las dificultades que planteaba este artículo era, entre otros, la responsabilidad del cumplimiento de los diferentes requisitos aduaneros en caso de que cambiara el modo de transporte cuando la mercancía estuviera ya en ruta en un transporte multimodal.

132. Como respuesta, se indicó que los términos amplios en que estaba redactado el apartado b) del proyecto de artículo 30 reflejaban las dificultades que planteaba establecer una lista completa y detallada de todos los documentos necesarios para el transporte. Se sugirió que la aplicación a esta obligación de un régimen de responsabilidad basado en la existencia de una falta podía resolver diversos problemas que planteaba esta disposición y que el régimen de responsabilidad estricta se podía limitar a la infracción de normas imperativas.

Demora

133. Se observó que la inclusión en el proyecto de artículo 31 de una referencia entre corchetes a la demora como fundamento de la responsabilidad del cargador aumentaba las dificultades señaladas con respecto al proyecto de apartado b). Por ejemplo, si el cargador de un solo contenedor en un gran buque portacontenedores no presentaba un documento necesario para las autoridades aduaneras según lo previsto en dicho apartado, y por consiguiente se hacía responsable de la demora no solo ante el porteador, sino también con respecto a todos los demás cargadores del buque, dicho cargador quedaría expuesto por ese solo descuido a unas indemnizaciones por pérdidas imprevisibles y potencialmente enormes. Se añadió que agravaba el problema el hecho de que actualmente el proyecto de convenio no establecía ningún límite para la responsabilidad del cargador. Este problema se debatió con mayor detalle al abordarse el proyecto de artículo 31 (véase el párrafo 147 *infra*).

Apartado c)

134. Se propuso que el apartado c) del proyecto de artículo 30 incluyera una referencia al apartado a) del párrafo 1) del proyecto de artículo 38 y por consiguiente incluyera en la lista de obligaciones de cuyo cumplimiento tiene una responsabilidad estricta el cargador, según el proyecto de artículo 31, la exactitud de la descripción de las mercancías. Sin embargo, se recordó al Grupo de Trabajo que en el artículo III.5 de las Reglas de La Haya-Visby solo se hacía referencia a la exactitud de la descripción de las mercancías en el momento de la expedición, y que el proyecto de apartado c) tenía un alcance mucho más amplio y se aplicaría durante todo el tiempo que durara el viaje. Se advirtió de que, al igual que con el proyecto de apartado b), cuando el alcance de esta disposición se sumaba a la disposición sobre la posible responsabilidad estricta que establecía el proyecto de artículo 31, dicha disposición podía tener consecuencias potencialmente graves para el cargador.

Se señaló que si se adoptaba la variante B del párrafo 2 del proyecto de artículo 31, la responsabilidad del cargador quedaría limitada a la información facilitada realmente por él mismo sobre las mercancías y que ello le liberaría de algunos de los aspectos más onerosos del régimen de responsabilidad estricta previsto en la variante A.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 30:

135. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que:

- La frase del párrafo introductorio "facilitar [oportunamente] al porteador toda la información, las instrucciones y los documentos [exactos y completos]" se considerara del mismo modo que el texto similar del proyecto de artículo 29;
- Se pusiera entre corchetes el apartado b), a la espera de que el Grupo de Trabajo considerara el proyecto de artículo 31;
- Se tuviera en cuenta el documento A/CN.9/WG.III/WP.55, e instrumentos internacionales tales como el CMNI, además de las sugerencias de las delegaciones, al mejorar la redacción de este proyecto de artículo;
- Se tuvieran en cuenta los debates del Grupo de Trabajo con respecto al fundamento de la responsabilidad del cargador a que hace referencia el proyecto de artículo 31 al redactarse futuros proyectos de artículo 30; y
- Se ampliara el proyecto de artículo 38.1 a) la referencia al proyecto de artículo 38.1 b) y c) en el proyecto de artículo 30 c).

Proyecto de artículo 31. Fundamento de la responsabilidad del cargador

Debate general

136. Se recordó al Grupo de Trabajo que había examinado por última vez el proyecto de artículo 31, relativo al fundamento de la responsabilidad del cargador, en su 13º período de sesiones (véase A/CN.9/552, párrs. 138 a 148). El texto del proyecto de artículo 31 considerado por el Grupo de Trabajo fue el que figura en los anexos I y II del documento A/CN.9/WG.III/WP.56.

137. Hubo acuerdo en la observación general de que el proyecto de artículo 31 suscitaba una preocupación particular por la inclusión en un capítulo del proyecto de convenio de unas obligaciones del cargador más amplias que las previstas en los regímenes de transporte marítimo actuales. Se opinó que la introducción en esta disposición de un régimen de responsabilidad absoluta del cargador bastante amplio sin que se estableciera ningún derecho a limitar su responsabilidad era bastante problemática, así como la introducción de un concepto de presunción de existencia de una falta en el párrafo 1. Se mostró apoyo a la sugerencia de que el enfoque general del proyecto de artículo 31 debía ser más acorde con el del artículo 12 de las Reglas de Hamburgo, con algunos posibles ajustes.

Presunción de falta y carga de la prueba

138. Se manifestó preocupación por la inclusión en el proyecto de párrafo 1 del concepto de presunción de falta por parte del cargador. Se observó que la presunción de falta equivalía a una inversión de la carga de la prueba, para atribuirla al cargador, que no tenía paralelo en los regímenes de transporte marítimo vigentes. Por lo general, correspondía al porteador la carga de la prueba de que la pérdida o el daño fueron causados por el incumplimiento de una obligación o por una negligencia del cargador, por ejemplo, no haber facilitado la información necesaria. Una vez que el porteador demostraba cuál había sido la causa de la pérdida o daño, correspondía al cargador demostrar que la pérdida o daño no se debía a una falta que hubiera cometido. Se consideró que este régimen general reflejaba el hecho de que el porteador normalmente está en mejores condiciones para establecer qué ocurrió durante el transporte, ya que está en posesión de las mercancías. Hubo apoyo general a la opinión de que debía conservarse el enfoque tradicional de la responsabilidad basada en la comisión de una falta previsto en el artículo 12 de las Reglas de Hamburgo y el artículo 4.3 de las Reglas de La Haya-Visby como régimen general, aceptándose la responsabilidad absoluta únicamente en determinadas situaciones que se verán más adelante.

139. Se expresó algún apoyo a la opinión alternativa de que el texto del párrafo 1 era adecuado y el enfoque adoptado en las Reglas de Hamburgo no era necesariamente equitativo con el porteador ya que la mayoría de los contenedores en el transporte moderno eran envasados por los cargadores, lo que hacía que fuera difícil para el porteador demostrar la causa de la pérdida. También se indicó que el artículo 12 de las Reglas de Hamburgo no atribuía la carga de la prueba y que el proyecto de artículo 31 simplemente hacía explícita la conclusión lógica a que llegaría un tribunal de que el cargador trataría de demostrar que no había cometido ninguna falta para defenderse frente a una demanda por pérdidas basada en el proyecto de artículo 28 y de apartado a) del artículo 30.

Frente a quién es responsable el cargador

140. Hubo acuerdo general en que el fundamento de la responsabilidad del cargador solo debía tener efectos en el contexto de la relación contractual entre el porteador y el cargador, quizá abarcando también a las partes ejecutantes marítimas a las que pudiera atribuirse una relación contractual suficientemente próxima. Se sugirió que debía dejarse claro en el título y en el texto del artículo que esta disposición se limitaba a la responsabilidad del cargador frente al porteador y que el párrafo 3 del proyecto de artículo 31, referente a la responsabilidad frente al consignatario o la parte controladora, debía suprimirse y abordarse su contenido en otra parte del proyecto de convenio.

Pérdida, daño o lesión corporal

141. Se manifestó apoyo a la propuesta de que se suprimiera “lesión corporal” del párrafo 1 del proyecto de artículo 31, una vez más para aclarar que no se pretende crear la posibilidad de una demanda de terceros, como se analizó anteriormente con respecto a la inclusión de “lesión corporal” en el proyecto de artículo 28 (véase *supra* el párrafo 119). También se propuso que se suprimiera asimismo el “daño” y que solo se hiciera referencia en el proyecto de párrafo 1 a la “pérdida”.

La propuesta de supresión de "lesión corporal" recibió el apoyo del Grupo de Trabajo. Se secundó la sugerencia de que, no obstante esta supresión, el proyecto de convenio debía garantizar que si un porteador tenía que pagar por una demanda de resultas de una lesión corporal causada por la negligencia del cargador, debía poder reclamar una indemnización del cargador por la pérdida que había sufrido. Se indicó que ese efecto se podía lograr incluyendo en el proyecto de párrafo 1 una referencia a la "pérdida sufrida por el porteador". Se recordó al Grupo de Trabajo que debía tenerse cuidado al utilizar el término "pérdida" sin más precisiones, ya que podía incluir no solo las pérdidas físicas sino también las pérdidas indirectas.

142. Se observó que el artículo 12 de las Reglas de Hamburgo incluía en la responsabilidad del cargador los daños sufridos por el buque. Se planteó la cuestión de si debían incluirse también en el proyecto de artículo 31 los daños ocasionados al buque y se manifestó la opinión de que las "pérdidas" incluían los daños al buque. Se observó que en esos casos la responsabilidad del cargador podía resultar muy amplia.

Demora

143. Recibió apoyo la opinión de que la "demora" era particularmente problemática como fundamento de la responsabilidad del cargador, ya que podía exponer a este a una responsabilidad enorme y potencialmente inasegurable. Por ejemplo, un cargador que no hubiera entregado un documento aduanero necesario podía provocar que el buque se retrasara, lo que podía hacerle responsable no solo de las pérdidas abonables al porteador, que podían incluir unos daños indirectos enormes, sino también de las pérdidas sufridas por todos los demás cargadores que tuvieran contenedores en el buque. En consecuencia, se propuso que se suprimiera del proyecto de texto la responsabilidad del cargador por "demora". También se observó que si se mantenía la "demora" en el texto, se debía incluir una limitación razonable de la responsabilidad del cargador.

144. También se expresó una opinión contraria a la supresión de la "demora". Se afirmó que la responsabilidad del cargador y el porteador por la demora era un aspecto importante del proyecto de convenio. Se observó que la supresión de la "demora" ponía en cuestión la justificación de que se creara una responsabilidad absoluta por presentar una información incorrecta, ya que la causa más común de las demoras era la presentación de una información inexacta.

145. Se manifestó algún apoyo a la opinión de que la demora, aunque fuera problemática, no se debía descartar demasiado a la ligera como fundamento de responsabilidad y se sugirió que podía considerase un fundamento distinto de responsabilidad, ya fuera causada por el cargador o por el porteador. Se observó que las pérdidas debidas a la demora no solo podían ser enormes, como antes se indicó, sino que podían tener múltiples causas.

146. Se recordó al Grupo de Trabajo que el fundamento de la responsabilidad del porteador en el proyecto de convenio incluía también la "demora" y se propuso que si se suprimía la demora como fundamento de la responsabilidad del cargador se introdujera el cambio correspondiente en la responsabilidad del porteador. Se explicó que no se trataba simplemente de equilibrar los derechos y obligaciones generales del cargador y porteador en el proyecto de convenio sino que no sería equitativo considerar responsable al porteador por un retraso del que podía no ser

responsable y por el que no podía demandar una indemnización al cargador responsable. Se apoyó a esta opinión.

Limitación de la responsabilidad

147. Recibió cierto apoyo la propuesta de que se estableciera un límite a la responsabilidad del cargador si se conservaba la "demora" como fundamento de la responsabilidad de este en el proyecto de artículo 31, a la vista de que dicha responsabilidad podía resultar amplia y potencialmente inasegurable. Se sugirió también que esa limitación de la responsabilidad del cargador por pérdidas indirectas debía establecerse en cualquier caso, ya que, por ejemplo, se podía declarar responsable al cargador de daños amplios, pero probablemente asegurables, causados al buque. Sin embargo, también se expusieron las dificultades que planteaba establecer un medio razonable para determinar esa limitación de la responsabilidad. Hubo acuerdo general en que tal limitación debía tener un nivel suficientemente alto, de manera que constituyera un incentivo lo bastante fuerte para que el cargador facilitara información exacta al porteador, pero que debía ser previsible y lo bastante bajo como para que la responsabilidad potencial fuera asegurable. Se indicó que los términos utilizados en la variante B del párrafo 2 del artículo 31, a saber, "el cargador deberá indemnizar al porteador de", o una referencia al valor de las mercancías del cargador, podían ser unos puntos de partida útiles para seguir debatiendo la cuestión.

Responsabilidad absoluta

148. El Grupo de Trabajo consideró a continuación qué obligaciones del cargador debían ser sometidas a un régimen de responsabilidad absoluta como el previsto en el párrafo 2 del proyecto de artículo 31. Hubo un apoyo general a la opinión de que el cargador debía ser considerado responsable absolutamente de la exactitud de la información que hubiera facilitado al porteador de conformidad con el apartado c) del artículo 30, salvo que la inexactitud fuera causada por el porteador. También se propuso que se creara una disposición distinta para tal obligación de responsabilidad absoluta, de acuerdo con las líneas generales del trato especial establecido para las mercancías peligrosas en el proyecto de artículo 33. Se manifestó apoyo a la creación de tal disposición distinta, pues se indicó que aclararía la estructura del capítulo y permitiría la supresión de los proyectos de apartado c) del artículo 30 y de párrafo 2 del artículo 31. Además, se manifestó cierto apoyo a la opinión de que la responsabilidad absoluta se debía limitar a la exactitud de la información efectivamente facilitada por el cargador para su inclusión en los documentos de transporte. También se observó que la responsabilidad absoluta no debía abarcar los errores de juicio del cargador sobre la necesidad de la información exigida y que la inclusión del apartado b) del proyecto de artículo 30 en el régimen de responsabilidad absoluta dependería de los textos resultantes de su reformulación.

149. Hubo apoyo a la opinión de que si se creaban unas disposiciones distintas para la responsabilidad del cargador basada en la existencia de una falta y para la basada en la responsabilidad absoluta, habría menos necesidad de una disposición similar al proyecto de artículo 29, y que el Grupo de Trabajo podía considerar su supresión. Sin embargo, también se manifestó la opinión de que quizá fuera preferible, no obstante, incluir una obligación expresa del porteador de facilitar al cargador la

información necesaria sobre el viaje previsto con el fin de permitir a este cumplir las obligaciones que establecía el proyecto de artículo 28.

150. También se sugirió que además de las obligaciones relativas a facilitar una información exacta al porteador y respecto de las mercancías peligrosas, había una tercera categoría de obligaciones para la que se debía establecer una responsabilidad absoluta del cargador. Se indicó que esa tercera categoría se relacionaba con la seguridad y debía abarcar las mercancías que estuvieran prohibidas debido a su relación potencial con armas de destrucción en masa o usos similares. Se dijo que en estas situaciones el porteador podía ser objeto de reclamaciones importantes por pérdidas, y de sanciones, debido a incumplimientos del cargador y que la responsabilidad de este en tales circunstancias debía ser absoluta. Se expresó cierto interés por esta propuesta pero también se expuso la opinión contraria de que no se debía someter a una responsabilidad absoluta el transporte de mercancías extremadamente peligrosas, militares o similares.

Párrafo 3 del proyecto de artículo 31

151. Se propuso mantener el texto del proyecto de párrafo 3 pero añadir lo siguiente al final de la última oración: "en la medida en que cada uno de ellos sea responsable de tal pérdida o daño. Si no se puede atribuir individualmente el alcance del incumplimiento, cada parte será responsable de la mitad de la pérdida o daño". Sin embargo, se mostró un firme apoyo a la opinión de que se suprimiera el párrafo 3 a la vista de la coincidencia del Grupo de Trabajo en que el proyecto de artículo 31 debía centrarse en la relación contractual entre el cargador y el porteador y en que debía incluirse en otra parte del proyecto de convenio un proyecto de artículo sobre las causas concurrentes que tratara de la distribución de la responsabilidad entre el porteador y el cargador en los casos en que la pérdida se hubiera debido a la combinación de varias causas.

Sugerencias generales sobre la redacción

152. En cuanto a la preparación de un texto revisado que sustituyera el proyecto de artículo 31, se propuso que se añadiera una referencia a los textos que aparecían en el párrafo 26 del documento A/CN.9/WG.III/WP.55 y al párrafo 1 del proyecto de artículo 31 y la variante B del párrafo 2 del documento A/CN.9/WG.III/WP.56, además del enfoque del artículo 12 de las Reglas de Hamburgo y, en general, el artículo 4.3 de las Reglas de La Haya-Visby. También se hicieron sugerencias más concretas, como la de suprimir la referencia a la "oportunidad" e "integridad" en la variante B del párrafo 2 con el fin de hacer esta disposición más acorde con el enfoque adoptado en las Reglas de La Haya-Visby y de Hamburgo. También se hizo la siguiente propuesta de redacción para corregir alguno de los problemas que planteaba el primer párrafo. El texto propuesto era el siguiente: "El cargador será responsable de toda pérdida o daño imputable al incumplimiento de alguna de sus obligaciones con arreglo a lo dispuesto en el artículo 28 y el apartado a) del artículo 30 salvo ...", para incluir a continuación el resto del proyecto de párrafo 1 que sigue a dicho término "salvo". Sin embargo, se sugirió que este texto podría seguir manteniendo la inversión de la carga de la prueba para atribuirla al cargador.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 31:

153. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Se ajustara el título y el texto del proyecto de artículo 31 para reflejar que hacía referencia a las relaciones propias del contrato de transporte;
- Se adoptara un régimen basado en la existencia de una falta como régimen general del fundamento de la responsabilidad del cargador por el incumplimiento de las obligaciones que le imponen los proyectos de artículo 28 y 30;
- La responsabilidad absoluta fuera el fundamento de la responsabilidad de los cargadores con respecto a las mercancías peligrosas a que hace referencia el proyecto de artículo 33 (véase *infra*) y por facilitar una información inexacta en lo que respecta a lo dispuesto en el apartado c) del artículo 30;
- Se tuvieran en cuenta en la nueva formulación del proyecto de artículo 31 los textos del documento A/CN.9/WG.III/WP.56 y del párrafo 26 del documento A/CN.9/WG.III/WP.55, así como el régimen de las Reglas de Hamburgo y las opiniones del Grupo de Trabajo que antes se han recogido;
- Se suprimiera la expresión "lesión corporal" de la nueva formulación del párrafo 1 del proyecto de artículo 31;
- Se tuvieran en cuenta, al preparar la nueva formulación del proyecto de artículo 31, las opiniones expuestas sobre la supresión de la demora como fundamento de la responsabilidad tanto del cargador como del porteador y la posibilidad de establecer una limitación para la responsabilidad del cargador; y
- Se tuviera en cuenta, al reformular el proyecto de artículo 31, el debate del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 29 y se hicieran los ajustes necesarios para mantener la coherencia, inclusive la posible supresión o revisión del proyecto de artículo 29.

Proyecto de artículo 32. Falsedad en lo declarado por el cargador

Debate general

154. Se recordó al Grupo de Trabajo que la última vez que había examinado el proyecto de artículo 32 había sido en su 13º período de sesiones (véase A/CN.9/552, párrs. 149 a 153).

155. Se indicó que el proyecto de artículo 32 referente a la falsedad intencionada y fundamental del cargador con respecto a la naturaleza o al valor de las mercancías se inspiraba en el artículo 4 5) h) de las Reglas de La Haya-Visby. Se observó que se consideraba que la disposición era problemática, ya que no se exigía ninguna relación de causalidad entre la falsedad del cargador y la pérdida, daño o demora. Además, se consideraba que la obligación que establecía este proyecto de disposición estaba ya suficientemente regulada por el proyecto de artículo 17 referente a la responsabilidad del porteador. Se manifestó la opinión contraria de que el párrafo 3 del proyecto de artículo 17 se refería a los casos en que hubiera

actos de omisión, y no falsedades fundamentales y de que el proyecto de artículo 32 era útil a este respecto.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 32:

156. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Se suprimiera del proyecto de convenio el proyecto de artículo 32.

Proyecto de artículo 33. Reglas especiales aplicables a las mercancías peligrosas

Debate general

157. Se recordó al Grupo de Trabajo que la última vez que había examinado el proyecto de artículo 29 había sido en su 13º período de sesiones (véase A/CN.9/552, párrs. 138 a 148).

Párrafo 1

Definición de mercancías peligrosas

158. Se manifestó apoyo a la opinión de que, si bien en los instrumentos de transporte marítimo existentes no figuraba ninguna definición de mercancías peligrosas, la definición general enunciada en el proyecto de párrafo 1 era un punto de partida adecuado para las deliberaciones. Se expresó también la opinión de que la definición debía remitirse, en cambio, a otros instrumentos internacionales existentes que se referían a las mercancías peligrosas, como el Código Internacional Marítimo de Mercancías Peligrosas (Código IMDG) o el Convenio Internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas (Convenio SNP). Se observó que el problema que planteaba vincular la definición de mercancías peligrosas con otros instrumentos, como los indicados, era que esas definiciones se habían elaborado para atender a fines de interés público, eran extremadamente técnicas y se corría el riesgo de que rápidamente resultaran obsoletas. Se sugirió que la definición de mercancías peligrosas aclararse también si las cargas ilegales, como las de contrabando, entrarían en esa categoría.

"o pueda convertirse en" y "o pueda razonablemente llegar a constituir"

159. Se sugirió que el párrafo 1 del proyecto de artículo 33 no regulaba adecuadamente el caso de las mercancías que eran seguras en el momento de la carga pero que ulteriormente adquirían propiedades peligrosas y se sugirió que se añadieran las palabras "o pueda convertirse en" antes de "o pueda razonablemente llegar a constituir", a fin de prever tales casos. Sin embargo, se manifestó preocupación con respecto a la forma en que esta adición podía influir en las obligaciones de marcado, etiquetado e información del cargador que establecían los proyectos de párrafos 2 y 3. Además, no se apoyó una propuesta de que se suprimieran las palabras "o pueda razonablemente llegar a constituir", ya que parecían ser útiles para la definición general.

"un peligro para el medio ambiente que sea inaceptable o contrario a la normativa legal aplicable"

160. Se apoyó la propuesta de que se suprimieran las palabras "que sea inaceptable o contrario a la normativa legal aplicable" del párrafo 1 del proyecto de artículo 33, ya que no añadían ningún contenido a las palabras "peligro para el medio ambiente". También se observó que debían introducirse los mismos cambios en el texto similar de la variante A del proyecto de artículo 15.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el párrafo 1 del proyecto de artículo 33:

161. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Se insertaran las palabras "o pueda convertirse" entre corchetes antes de las palabras "o pueda razonablemente llegar a constituir", a fin de que el Grupo de Trabajo las estudiara ulteriormente; y
- Se suprimieran las palabras "que sea inaceptable o contrario a la normativa legal aplicable".

Párrafo 2

162. Se indicó que el párrafo 2 del proyecto de artículo 33 establecía la responsabilidad absoluta del cargador en caso de incumplimiento de su obligación de marcar o de etiquetar las mercancías peligrosas de conformidad con las reglas, reglamentos u otros requisitos de las autoridades aplicables durante cualquier fase del transporte previsto de las mercancías. Se manifestó la opinión de que, dada la onerosa carga que representaba la responsabilidad absoluta, debería precisarse más esta disposición para que abarcara únicamente los casos en que el cargador incumpliera los reglamentos de marcado o etiquetado de cumplimiento obligatorio. También se propuso que se añadiera el embalaje a las obligaciones del cargador a que hacía referencia este proyecto de párrafo. Además, se sugirió que el párrafo 2 del proyecto de artículo 33 no impusiera al cargador una responsabilidad absoluta si el porteador conocía la naturaleza peligrosa de las mercancías. Se apoyó la propuesta de que se insertaran en el párrafo 2 del proyecto de artículo 33 palabras inspiradas en el párrafo 3 del artículo 13 de las Reglas de Hamburgo para hacer referencia al desconocimiento por parte del porteador.

El transporte previsto

163. Se indicó además que, al igual que en el caso de los proyectos de artículo 28 y 29 (véase el párrafo 124 *supra*), la disposición podía imponer una carga excesiva al cargador, que podría no conocer el itinerario que seguirían efectivamente las mercancías, y podría tener dificultades para conocer todas las disposiciones pertinentes, en particular los "requisitos de las autoridades", que podrían no ser de público conocimiento. Se sugirió que quizá fuera aconsejable exigir al porteador que facilitara al cargador la información necesaria a fin de permitir a este el cumplimiento de las obligaciones que establecía el párrafo 2.

Propuestas de modificación del texto

164. Se expresó la opinión de que el párrafo 1 del artículo 13 de las Reglas de Hamburgo podría ofrecer una variante para este proyecto de disposición, pero se expusieron algunas dudas con respecto a si el texto era adecuado en las circunstancias modernas del transporte de mercancías peligrosas.

165. Se apoyó la sugerencia de que se suprimiera la referencia a la parte ejecutante, dado que el Grupo de Trabajo estaba de acuerdo en que el capítulo 8 del proyecto de convenio debía centrarse en la relación contractual entre el cargador y el porteador. Se apoyó también la propuesta de que se armonizaran las referencias a la "demora" y la "pérdida" del proyecto de párrafo 2 con la modificación de la misma frase en el proyecto de artículo 31. Se sugirió que las palabras "directos o indirectos" podían obstaculizar las normas de causalidad y se deberían suprimir. Esta propuesta fue apoyada.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el párrafo 2 del proyecto de artículo 33:

166. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Se eliminara la referencia a las partes ejecutantes en esta disposición;
- Se suprimieran las palabras "directos o indirectos";
- Se revisara la disposición para tratar la "demora" y la "pérdida" de forma coherente con el párrafo 2 del proyecto de artículo 33 y al proyecto de artículo 31; y
- Se estudiara la posibilidad de agregar una referencia al desconocimiento, por parte del porteador, de la naturaleza peligrosa de las mercancías.

Párrafo 3

Responsabilidad absoluta de informar al porteador

167. Se señaló que el párrafo 3 del proyecto de artículo 33 establecía un régimen de responsabilidad absoluta respecto de la obligación del cargador de informar al porteador de la naturaleza o carácter peligroso de las mercancías oportunamente y antes de ser entregadas al porteador. Con respecto al proyecto de párrafo 2, se sugirió que, habida cuenta del carácter riguroso de las normas sobre responsabilidad absoluta, la obligación se limitara al incumplimiento del cargador de las reglamentaciones imperativas.

"dicha remesa"

168. Se indicó que la obligación del cargador establecida en el párrafo 3 del proyecto de artículo 33 era análoga a la enunciada en el apartado a) del párrafo 2 del artículo 13 de las Reglas de Hamburgo. Se sugirió que se sustituyera la expresión "dicha remesa" por la expresión "tal incumplimiento de la obligación de dar información", dado que se pensaba que el concepto de responsabilidad absoluta sería demasiado amplio si estuviera vinculado a todas las pérdidas relacionadas con la remesa y no se limitara a las imputables únicamente al incumplimiento de la obligación de dar información. No obstante, se aclaró que en las Reglas de Hamburgo figuraba un texto análogo y se consideró que la posibilidad de que la responsabilidad del cargador se hiciera extensiva a todos los daños relacionados con

la remesa reflejaría de manera adecuada el carácter grave de esta obligación. En respuesta a esa sugerencia se señaló que el régimen de responsabilidad absoluta aplicable al cargador por no proporcionar información ya le daba un incentivo adecuado para cumplir y que el proyecto de convenio no debería contener reglas de penalización. Se sugirió que una posible solución de avenencia sería exigir que hubiera un vínculo de causalidad entre las mercancías peligrosas y la pérdida.

Modificaciones propuestas

169. Como observación general, se sugirió que se suprimieran las referencias a la parte ejecutante y las palabras "directos o indirectos", por las mismas razones indicadas anteriormente en relación con el párrafo 2 del proyecto de artículo 33. Además, se sugirió que las palabras "demora" y "pérdida" se modificaran de la misma forma, ajustándolas a los términos del párrafo 2 y del proyecto de artículo 31.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el párrafo 3 del proyecto de artículo 33:

170. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Se suprimieran del párrafo 2 las palabras "directos o indirectos";
- Se revisara la disposición ajustando los términos "demora" y "pérdida" al texto de los párrafos 2 y 3 del proyecto de artículo 33 y del proyecto de artículo 31;
- Se colocaran entre corchetes las palabras "dicha remesa", para que las examinara ulteriormente el Grupo de Trabajo;
- Se agregaran entre corchetes, después de las palabras "dicha remesa", las palabras "tal incumplimiento de la obligación de dar información", para que se examinaran ulteriormente en el Grupo de Trabajo.

Proyecto de artículo 34. Asunción de los derechos y obligaciones del cargador

Debate general

171. Se recordó al Grupo de Trabajo que la última vez que había examinado el proyecto de artículo 34 había sido en su 13º período de sesiones (véase A/CN.9/552, párr. 154 a 158).

172. Se indicó que el proyecto de artículo 34 tenía la finalidad de regular la situación del vendedor FOB que figurara como cargador en el título de transporte, y la asunción por ese cargador documental de los derechos y obligaciones del cargador contractual en virtud de la aceptación o recepción del título de transporte. Se apoyó la opinión de que debería requerirse al cargador documental que aceptara esa identidad antes de poder ser considerado responsable como tal, y se sugirió que se mantuviera el término "acepta" y que se suprimieran los corchetes y otros verbos o expresiones posibles, dado que el verbo "aceptar" era el que mejor daba la idea de lo requerido. También se sugirió que, después de la palabra "acepta", se insertara "que su nombre figure en el título de transporte o en el documento electrónico de transporte como cargador", a fin de limitar el ámbito de interpretación del proyecto de disposición. Esta sugerencia también recibió apoyo, si bien se objetó que un requisito de aceptación por parte del cargador documental podía generar abusos en

situaciones en que una parte tratara de eludir su responsabilidad negándose a aceptar el documento.

173. Se sugirió también que la aplicación del proyecto de artículo 34 se limitara a los casos en que el porteador desconociera la identidad del cargador contractual. No obstante, se expresaron dudas sobre la frecuencia en que podría darse tal caso en la práctica, y se observó que, conforme al párrafo b) del proyecto del artículo 37, el cargador contractual debía dar instrucciones para incluir a otra persona que no fuera el propio cargador contractual en el título de transporte.

174. Se apoyó la sugerencia de que en el proyecto de artículo 34 se indicara claramente que la disposición no eximía al cargador contractual de sus obligaciones, enunciadas en el párrafo 2 del proyecto del artículo 34, que figura en el párrafo 39 del documento A/CN.9/WG.III/WP.55. También se apoyó la propuesta de que se insertaran las palabras que figuraban entre corchetes en el documento A/CN.9/WG.III/WP.56 ("quedara sujeta a las responsabilidades y obligaciones") y que se suprimieran los corchetes. Hubo acuerdo en que el texto que figuraba en el documento A/CN.9/WG.III/WP.55 reflejaba esas enmiendas y debería incluirse en el proyecto de convenio.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto del artículo 34:

175. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Se insertara en el proyecto de convenio el texto del proyecto de artículo 34 que figuraba en el párrafo 39 del documento A/CN.9/WG.III/WP.55;
- Se sustituyera la frase "recibe el título de transporte o el documento electrónico de transporte", que figura en el párrafo 1 del proyecto de artículo 34, en el documento A/CN.9/WG.III/WP.55 por las palabras "acepta que su nombre figure en el título de transporte o en el documento electrónico de transporte como cargador".

Proyecto de artículo 35. Responsabilidad subsidiaria del cargador

Debate general

176. Se recordó al Grupo de Trabajo que la última vez que había examinado el proyecto de artículo 35 había sido en su 13º período de sesiones (véase A/CN.9/552, párrs. 159 a 161).

177. Se recordó que el proyecto de artículo 35 tenía la finalidad de duplicar, con respecto al cargador, las disposiciones del proyecto de artículo 19 relativas a la responsabilidad del porteador por sus agentes, y sus empleados en general. No obstante, se expresó la opinión de que esta disposición podía causar problemas de interpretación en diversas disposiciones del proyecto de convenio, por ejemplo, en el proyecto de artículo 17.3 i), en que se hacía referencia al cargador o cualquiera de las personas mencionadas en el artículo 35, la parte controladora o el consignatario. Se observó que cabría deducir de este enunciado que los empleados y agentes del cargador estaban también incluidos, pero no los empleados ni los agentes de la parte controladora o del consignatario. A diferencia del proyecto del artículo 35, el proyecto de artículo 19, relativo a los empleados y agentes del porteador, era una disposición fundamental del proyecto de convenio y no planteaba los mismos problemas de interpretación, dado que no solía hacerse referencia al

porteador en la misma frase haciéndolo figurar como "otras partes", con lo cual no se causaba confusión. Dada esa dificultad, se sugirió que se suprimiera el proyecto de artículo 35.

178. No obstante, muchas delegaciones se declararon partidarias de que se incluyera en el proyecto de convenio una disposición como el proyecto de artículo 35, a pesar de las posibles dificultades de interpretación, habida cuenta de su utilización actual en el proyecto de instrumento. Se observó además que si se planteaba la posibilidad de incluir en el proyecto de instrumento una disposición sobre la limitación de la responsabilidad del cargador, una disposición como el proyecto de artículo 35 sería importante que abarcara a los agentes y a todos los tipos de empleados que se beneficiarían de esa limitación de la responsabilidad. Se apoyó la propuesta de insertar en el proyecto de convenio la variante enunciada en el párrafo 41 del documento A/CN.9/WG.III/WP.55, puesto que expresaba con mayor claridad los mismos principios que el texto del documento A/CN.9/WG.III/WP.56.

179. Se opinó que, en la versión inglesa del párrafo 2 del proyecto de artículo 35, que figuraba en el documento A/CN.9/WG.III/WP.55, las palabras "on the carrier's side" eran innecesarias, pues en el proyecto de convenio se definía la "parte ejecutante" como la persona que actuaba en nombre del porteador. Se observó además que el proyecto de artículo 35 podría requerir un examen más detenido teniendo en cuenta el párrafo 2 del proyecto de artículo 14, donde conforme a las cláusulas de "franco de carga y descarga (y estibado)", (FIO(S)) el porteador subcontrataba algunas de sus obligaciones al cargador y no debería ser responsable de las acciones de los empleados o agentes del cargador que llevaran a cabo esas obligaciones.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 35:

180. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Se insertara en el proyecto de convenio el texto del proyecto de artículo 35 que figura en el párrafo 41 del documento A/CN.9/WG.III/WP.55;
- Se pidiera a la Secretaría que verificara y armonizara las referencias al proyecto de artículo 35 en otros artículos del proyecto de convenio;
- Se revisara el título del artículo para asegurar la uniformidad entre los diversos idiomas.

Proyecto de artículo 36. Extinción de la responsabilidad del cargador

Debate general

181. Se recordó al Grupo de Trabajo que la última vez que había examinado el proyecto de artículo 36 había sido en su 13º período de sesiones (véase A/CN.9/552, párrs. 162 a 164), cuando se decidió suprimir el proyecto de capítulo 9 del proyecto de convenio relativo al flete pero mantener en el texto el proyecto de artículo 36 para seguir examinándolo.

182. Se expresó apoyo al proyecto de artículo 36, en virtud del cual podrían perder validez las cláusulas de extinción según las cuales la responsabilidad del cargador se extinguiría al producirse un determinado hecho. Se indicó también que el proyecto de artículo 36 guardaba relación con el párrafo 2 del proyecto de artículo 94 del proyecto de convenio, que anulaba toda disposición que excluyera o limitara las obligaciones del cargador, y que toda decisión relativa al párrafo 2 del proyecto de artículo 94 afectaría a las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 36. No obstante, se expresó también la opinión de que el proyecto de artículo 36, a pesar de esta relación, se diferenciaba del párrafo 2 del proyecto de artículo 94, al menos en la medida en que el proyecto de artículo 36 se refería al pago del flete.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 36:

183. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Se suprimieran los corchetes del proyecto de artículo 36 y se mantuviera su texto en el proyecto de convenio; y
- Se reconsiderara el proyecto de artículo 36 teniendo en cuenta la decisión adoptada con respecto al párrafo 2 del proyecto de artículo 94.

Proyecto de artículo 18. Responsabilidad del porteador por no haber facilitado información e instrucciones

Debate general

184. El Grupo de Trabajo pasó a examinar el proyecto de artículo 18, que estaba estrechamente relacionado con las obligaciones del cargador y, en particular, con el proyecto de artículo 29. Se recordó al Grupo de Trabajo que la última vez que había examinado el proyecto de artículo 18 había sido en su 13º período de sesiones (véase A/CN.9/552, párrs. 138 a 148).

185. Muchas delegaciones se declararon partidarias de suprimir el proyecto de artículo 18, independientemente de lo dispuesto en el proyecto de artículo 29. Se indicó que el proyecto de artículo 18 podía crear confusión sobre si con él se pretendía o no crear una nueva causa de acción, además del proyecto de artículo 17, y también por su interacción con el párrafo 4 del proyecto de artículo 17 sobre las causas concurrentes de responsabilidad. Se indicó además que, como al proyecto de artículo 29 se aplicaba un régimen de la responsabilidad basado en la existencia de una falta, y un incumplimiento de una obligación que causara una pérdida, un daño o una demora estaría cubierto por el proyecto de artículo 17 del proyecto de convenio, el proyecto de artículo 18 se consideraba superfluo.

186. No obstante, se expresó la opinión contraria de que debería mantenerse el proyecto de artículo 18 a fin de salvaguardar el equilibrio contractual entre las partes en el contrato de transporte. Algunas delegaciones expresaron el deseo de aplazar el examen del proyecto de artículo 18 hasta un futuro período de sesiones del Grupo de Trabajo para poder realizar consultas.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 18:

187. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Se colocara el proyecto de artículo 18 entre corchetes para su eliminación definitiva en su próximo período de sesiones, en espera de las instrucciones de algunas delegaciones; en cualquier caso, no se reanudaría el debate sobre esa cuestión.

Entrega de las mercancías - Capítulo 10, con inclusión del período de responsabilidad del porteador (proyecto de artículo 11) y del párrafo 2 del proyecto de artículo 14

Debate general

188. Se recordó al Grupo de Trabajo que había examinado por última vez el proyecto de capítulo 10 en su 11º período de sesiones (véase A/CN.9/526, párrs. 62 a 99), y que había examinado por última vez el período de responsabilidad del porteador y el párrafo 2 del proyecto de artículo 14 en su noveno período de sesiones (véase A/CN.9/510, párrs. 39, 40 y 43).

189. Se informó al Grupo de Trabajo de que el documento A/CN.9/WG.III/WP.57 se había preparado con el fin de facilitar sus deliberaciones sobre la entrega de las mercancías, el período de responsabilidad del porteador y algunas cuestiones que planteaba el párrafo 2 del proyecto de artículo 14 con respecto al período de responsabilidad. Sobre la base de ese documento se habían mantenido consultas informales en relación con estas cuestiones.

Proyecto de artículo 11. Período de responsabilidad del porteador

Debate general

190. Se recordó al Grupo de Trabajo que había examinado por última vez el período de responsabilidad del porteador y el párrafo 2 del proyecto de artículo 14 acerca de las cláusulas FIO(S) en su noveno período de sesiones (véase A/CN.9/510, párrs. 39, 40 y 43). El Grupo de Trabajo examinó el texto de esas disposiciones tal y como figuraban en los anexos I y II de A/CN.9/WG.III/WP.56.

191. Se informó al Grupo de Trabajo de que, en la mayoría de las respuestas al cuestionario oficioso del documento A/CN.9/WG.III/WP.57 se aprobaba el enfoque general adoptado en los párrafos 1, 2 y 4 del proyecto de artículo 11.

Párrafo 1 del proyecto de artículo 11

192. Se manifestó satisfacción general con el texto y el enfoque adoptado en el párrafo 1 del proyecto de artículo 11. Como comentario general se observó que debía ponerse atención para que se utilizara una terminología coherente en todo el proyecto de convenio, en particular respecto de términos tales como “lugar de entrega”, “el momento y el lugar de entrega”, “lugar de recepción”, y similares. Se propuso suprimir los últimos términos, “al consignatario”, por ser innecesarios y poder crear confusión, pues la entrega a veces la realizaba el porteador entregando las mercancías a una autoridad, como la autoridad portuaria, y no al consignatario.

Hubo algún apoyo a esta propuesta. Sin embargo, también se expresaron opiniones contrarias según las cuales la supresión de esos términos podía ser problemática, ya que en el proyecto de artículo 13 se establecía que la entrega al consignatario era una obligación fundamental del porteador y se sugirió que se incluyeran en los párrafos 3 y 5 del proyecto de artículo 11 los casos especiales, como la entrega a las autoridades o a personas distintas del consignatario. Se apoyó la propuesta de que se mantuviera sin cambios el texto del proyecto de párrafo 1 y de que se consideraran las preocupaciones suscitadas con respecto a qué partes distintas del consignatario podía hacer la entrega el porteador al examinarse el proyecto de párrafo 5.

193. Se observó que el proyecto de artículo 46, referente al deber del porteador de guardar con cuidado las mercancías dejadas bajo su custodia, se podía considerar relacionado con el proyecto de párrafo 1 y se planteó la cuestión de si se debía condicionar el párrafo 1 a los proyectos de artículo 12 y 46. En respuesta, se manifestó la opinión de que el proyecto de convenio estaba estructurado de forma tal que el proyecto de artículo 11 hacía referencia al período de responsabilidad del porteador de conformidad con el contrato de transporte. En cambio, se observó que el proyecto de artículo 46 trataba del período anterior al momento en que el porteador podía hacer la entrega pero se centraba en un período en el que el porteador ya no tenía ninguna responsabilidad derivada del contrato de transporte. Se propuso que se dejara más clara esta diferencia y que se debatiera más a fondo cuando el Grupo de Trabajo considerara el proyecto de artículo 46.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el párrafo 1 del proyecto de artículo 11:

194. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Se mantuviera el texto del párrafo 1 del proyecto de artículo 11, pero que se adoptara la decisión de suprimir o no la expresión “al consignatario” únicamente después de que el Grupo de Trabajo hubiera examinado el párrafo 5 del proyecto de artículo 11.

Párrafo 2 del proyecto de artículo 11

195. El Grupo de Trabajo expresó su satisfacción general con el párrafo 2 del proyecto de artículo 11. Se sugirió que se podían hacer algunos cambios menores de redacción para aumentar la claridad del párrafo, como la inclusión de los términos “por el porteador” después de “el momento y el lugar de recepción de las mercancías”, en la segunda oración.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de párrafo 2 del artículo 11:

196. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Se mantuviera el texto del párrafo 2 del proyecto de artículo 11, pero que la Secretaría considerara la posibilidad de hacer cambios de redacción concretos para aumentar la claridad del párrafo.

Párrafo 4 del proyecto de artículo 11

197. Se observó que, si bien los párrafos 2 y 4 del proyecto de artículo 11 contenían normas supletorias para identificar el momento y el lugar de la recepción y la entrega, respectivamente, las segundas oraciones de esos párrafos diferían. Mientras que la segunda oración del párrafo 2 del proyecto de artículo 11 hacía referencia a un momento concreto en que se producía la recepción de las mercancías, se observó que en la segunda oración del proyecto de párrafo 4 no se establecía un momento igualmente preciso para la entrega de las mercancías. Se manifestó algún apoyo a la opinión de que se debía incluir en el párrafo 4 un texto que hiciera tan preciso el momento de la entrega como lo era el momento de la recepción en el párrafo 2.

198. También se observó que los proyectos de párrafo 2 y 4 diferían, puesto que el proyecto de párrafo 4 no hacía referencia a un lugar identificable. Se hizo la propuesta de que el proyecto de párrafo 4 se refiriera al lugar de la descarga como lugar razonable. Hubo algún apoyo a esta propuesta, pero se planteó la duda de cómo se decidiría cuándo y dónde fueron entregadas las mercancías si estas fueron descargadas en un lugar no razonable, o si esta decisión debía dejarse a los tribunales. También se señaló que, si se aprobaban las sugerencias, no se aplicaría ninguna norma supletoria respecto del momento y el lugar de la recepción cuando las mercancías fueran entregadas en un lugar razonable.

199. A modo de explicación de las diferencias entre los proyectos de párrafos 2 y 4 se observó que en el transporte de puerto a puerto pocas veces las mercancías se entregaban todas al mismo tiempo y que normalmente transcurría algún tiempo entre la entrega efectiva de las mercancías al porteador y su carga. Se manifestó la opinión de que en tales circunstancias era razonable esperar que este período formara parte del período de responsabilidad del porteador. También se explicó que era raro que en el transporte de puerto a puerto se recurriera a la norma supletoria de la oración final del proyecto de párrafo 4, ya que en la mayoría de los puertos había costumbres o prácticas, pero se decidió aplicar en tales casos excepcionales la norma de que el período de responsabilidad terminara cuando y donde terminara el transporte.

200. Se manifestó apoyo a la opinión de que se pidiera a la Secretaría que realizara ajustes en el texto del proyecto de párrafo 4 para que recogiera las preocupaciones expuestas en el Grupo de Trabajo y garantizara su coherencia con los proyectos de párrafos 1 y 2. Sin embargo, se reclamó precaución y que se tuviera en cuenta, al realizarse esa labor, la posible interpretación de la frase final del párrafo de forma que significara que la entrega se producía cuando y donde se desenvasara el contenedor.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el párrafo 4 del proyecto de artículo 11:

201. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Se mantuviera el texto del párrafo 4 del proyecto de artículo 11, pero que la Secretaría considerara la posibilidad de hacer cambios de redacción para garantizar la coherencia de este párrafo con el resto del proyecto de artículo, además de considerarse si debía añadirse un requisito de “razonabilidad” al lugar de la entrega.

Párrafos 3 y 5 del proyecto de artículo 11

202. Se manifestó satisfacción general con el texto y con el enfoque adoptado para los proyectos de párrafo 3 y 5 del artículo 11. Se propuso que se aclarara la frase final del proyecto de párrafo 5 con un texto como "el momento y el lugar de esa entrega física será el momento y el lugar de entrega de las mercancías", pero se consideró que el proceso general de redacción permitiría cumplir ese objetivo. Además, se estimó que ya no era necesaria la supresión propuesta de los términos "al consignatario", en referencia al párrafo 1 del proyecto de artículo 11 (véase *supra*, párrafo 192), a la vista de las revisiones que se examinarían de los párrafos 2 y 4 del proyecto de artículo 11.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre los párrafos 3 y 5 del proyecto de artículo 11:

203. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Se mantuviera el texto de los párrafos 3 y 5 del proyecto de artículo 11, con los ajustes de redacción necesarios para lograr una mayor precisión y coherencia.

Párrafo 6 del proyecto de artículo 11 y párrafo 2 del proyecto de artículo 14 Cláusulas FIO(S)

204. Se observó que el párrafo 6 del proyecto de artículo 11 tenía por objetivo operar de forma concertada con el párrafo 2 del proyecto de artículo 14 en el intento de ofrecer una solución para el trato de las cláusulas FIO(S), las cuales, en algunos Estados, determinaban el período de responsabilidad del porteador. Se manifestó apoyo a la opinión de que el proyecto de párrafo 6 no sería aceptable si se suprimía el párrafo 2 del proyecto de artículo 14, pero que leído conjuntamente con el párrafo 2 del proyecto de artículo 14, las dos disposiciones establecían un enfoque aceptable de las cláusulas FIO(S). Se explicó que el efecto combinado de estas disposiciones era aclarar las responsabilidades del cargador y el porteador que hubieran convenido que la carga, estiba y descarga de las mercancías serían realizadas por el cargador. En tal caso, el cargador sería responsable de toda pérdida debida al hecho de que no hubiera cumplido efectivamente estas obligaciones y el porteador seguiría siendo responsable por otros motivos durante la carga y descarga, como el deber de atención con respecto a las mercancías, ya que el período de responsabilidad del porteador se regiría por el contrato de transporte.

205. Además, se observó que el texto actual del párrafo 2 del proyecto de artículo 14 limitaba las obligaciones que podía contraer el porteador frente al cargador u otras partes distintas de las enumeradas en el mismo. Además, se expresó la opinión de que el párrafo 6 del proyecto de artículo 11 era útil, ya que dejaba claro que la carga y la descarga se producían durante el período de responsabilidad del porteador.

206. Se observó que las cláusulas FIO(S) se utilizaban sobre todo en el transporte por servicio no regular, que quedaba fuera del ámbito de aplicación del proyecto de convenio, pero que este último podía ser aplicable a los contratos de transporte por servicio no regular mediante la aplicación del proyecto de artículo 10. Se manifestó la preocupación de que si el proyecto de convenio permitía las cláusulas FIO(S) el resultado sería su difusión desde el transporte por servicio no regular al transporte

por servicio de línea y aumentaría su potencial de ser utilizadas indebidamente, pero se sugirió que las realidades comerciales hacían que ello fuera improbable. En este contexto, se sugirió que, en cuanto a la redacción, la aplicación de las cláusulas FIO(S) se limitara al comercio por servicios no regulares. Se planteó también la preocupación de que la aplicación del párrafo 6 del proyecto de artículo 11 y el párrafo 2 del proyecto de artículo 14 podía limitar la actual libertad contractual de las partes con respecto a las cláusulas FIO(S) en el comercio por servicios no regulares, en particular en lo que respecta a la atribución del riesgo. A la vista de esta posibilidad, se propuso que la cláusula FIO(S) definiera el período de responsabilidad del porteador.

207. Se propusieron algunas modificaciones de redacción. Se propuso que se introdujera al final de la primera oración del párrafo 2 del proyecto de artículo 14 "y que queden bajo su responsabilidad" después de "consignatario". Se propuso también sustituir "las operaciones de carga, estiba y descarga de las mercancías" por "las operaciones iniciales de carga, las de estiba y las operaciones de descarga definitiva" con el fin de hacer el proyecto coherente con el párrafo 6 del proyecto de artículo 11 y excluir los puertos intermedios. Sin embargo, se subrayó que el centro del debate actual debía ser el enfoque general establecido por el funcionamiento combinado del párrafo 6 del proyecto de artículo 11 y el párrafo 2 del proyecto de artículo 14 para dar una solución de compromiso a las cláusulas FIO(S). En ese espíritu, se manifestó apoyo a la propuesta de que se suprimieran los corchetes que abarcaban el párrafo 2 del proyecto de artículo 14 y que se conservara el texto para seguir debatiéndolo. También se observó que, a la vista de la aprobación por el Grupo de Trabajo del enfoque previsto en el párrafo 6 del proyecto de artículo 11 y el párrafo 2 del proyecto de artículo 14, se suprimieran los corchetes que abarcaban los términos "[efectuada de hecho]" en el párrafo 3 i) del proyecto de artículo 17 y se conservara el texto. Se consideró que esta revisión del párrafo 3 i) del proyecto de artículo 17 podía hacer innecesaria la propuesta antes señalada de incluir en el párrafo 2 del proyecto de artículo 14 los términos "y que queden bajo su responsabilidad".

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el párrafo 6 del proyecto de artículo 11:

208. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Se mantuviera el texto del párrafo 6 del proyecto de artículo 11;
- Se suprimieran los corchetes del párrafo 2 del proyecto de artículo 14 y el párrafo 3 i) del proyecto de artículo 17, y se mantuviera el texto; y
- La Secretaría considerara la posibilidad de realizar cambios de redacción para asegurar la coherencia del párrafo con el resto del proyecto de artículo, así como algunas mejoras generales de redacción.

Proyecto de artículo 46. Obligación de aceptar la entrega

Debate general

209. Se recordó al Grupo de Trabajo que había examinado por última vez el proyecto de artículo 46, relativo a la obligación de aceptar la entrega, en su 11º período de sesiones (véase A/CN.9/526, párrs. 65 a 72). El texto del proyecto de artículo 46 considerado por el Grupo de Trabajo fue el que figura en los anexos I y II del documento A/CN.9/WG.III/WP.56.

210. Como comentario general se planteó la cuestión de las consecuencias del incumplimiento de la obligación del consignatario de aceptar la entrega según lo previsto en el proyecto de artículo 46. Se manifestó la opinión de que ese incumplimiento no debía dar paso automáticamente a una demanda por daños y perjuicios. En respuesta, se sugirió que el incumplimiento de la obligación que establecía el proyecto de artículo 46 de aceptar la entrega pertenecía a la categoría de derechos y responsabilidades generales del cargador y el porteador que no se abordaban expresamente en el proyecto de convenio, y que, por tanto, las consecuencias de ese incumplimiento debían ser de la incumbencia de las legislaciones nacionales. Como cuestión general se observó también que se debía coordinar cuidadosamente este proyecto de artículo con las disposiciones sobre el derecho de control, ya que se consideraba que la duración de la obligación del consignatario de aceptar la entrega debía coincidir con la transferencia del derecho de control. Sin embargo, se manifestó también la opinión de que el deber del consignatario de aceptar la entrega no debía depender de la transferencia de derechos, ya que se trataba de un asunto práctico que debía regular el proyecto de convenio. Además, se afirmó que, si bien el contenido del proyecto de artículo 46 era útil y se debía mantener, debía procederse con cuidado si se incluían disposiciones que regularan el período posterior a la entrega, ya que este quedaba fuera del alcance del convenio.

Primera oración: el deber del consignatario

211. Hubo apoyo general a la opinión de que el deber del consignatario de aceptar la entrega debía ser condicional, ya que se consideraba que tenía que haber un acto o una intención expresa del consignatario que diera origen a su obligación de aceptar la entrega. Algunos expresaron la opinión de que la mejor forma de lograrlo era suprimir los corchetes que figuraban en la primera oración del proyecto de artículo 46 y mantener el texto. Sin embargo, se planteó la preocupación de que la exigencia de que el consignatario "ejercite cualquiera de sus derechos con arreglo al contrato de transporte" era demasiado amplia y poco clara y se sugirió que esa condición debía reflejar que el consignatario tenía que aceptar de forma implícita o de forma expresa su condición de tal. En respuesta, se dijo que el texto entre corchetes establecía la condición adecuada a la que debía someterse la obligación del consignatario de aceptar la entrega, porque se admitía que la obligación debía incluir a quienes hubieran aceptado expresa o implícitamente ser consignatarios, pero se consideró que el concepto de "aceptación" era una condición demasiado limitada para lograr lo que se pretendía. Se sugirió que, por ejemplo, de conformidad con el derecho internacional de ventas, si el consignatario tomaba muestras de las mercancías estaría ejerciendo derechos derivados del contrato de transporte y tendría la obligación de aceptar la entrega del porteador. Sin embargo, se manifestaron todavía dudas acerca de si el texto entre corchetes era la mejor

forma de indicar que para que surgiera la obligación del consignatario era necesario un consentimiento implícito y se expresó también la opinión de que, aunque las matizaciones del párrafo 3 del proyecto de artículo 62 eran de algún modo instructivas, servían más para definir lo que no era un consentimiento implícito que lo que era el consentimiento implícito.

212. Otros manifestaron también la opinión de que la obligación del consignatario de aceptar la entrega no debía estar condicionada y de que debía suprimirse el texto entre corchetes de la primera oración del proyecto de artículo 46. Se consideró que si no se suprimía el texto entre corchetes el consignatario podría optar por no ejercer ninguno de sus derechos con arreglo al contrato de transporte y por consiguiente podría eludir la obligación de aceptar la entrega de las mercancías. Se sugirió que este resultado no sería equitativo para el porteador que hubiera cumplido las condiciones del contrato de transporte y además era preciso impedir que aumentara el problema de las cargas no reclamadas.

213. Por otra parte, se observó que en el proyecto de artículo 46 se hacía referencia a la obligación del consignatario de aceptar la entrega de las mercancías en el momento y lugar al que se hacía referencia en el párrafo 4 del proyecto de artículo 11. Sin embargo, se observó que el texto actual no abordaba el problema de si el consignatario tenía también la obligación de aceptar las mercancías si estas habían llegado tarde.

214. Se propuso además que se notificara al consignatario la llegada de las mercancías a su destino. Se manifestó la opinión de que no era aconsejable introducir la obligación legal de hacer una notificación al consignatario puesto que ya era una práctica normal en la industria enviar una nota de aviso, lo que beneficiaba tanto al porteador como al consignatario, y no parecía que tales avisos plantearan ningún problema jurídico. Se consideró que establecer un requisito legal a este respecto podía generar una burocracia innecesaria y plantear dificultades de prueba. Además, se observó que en la práctica actual estaba muy extendido el seguimiento electrónico de la ubicación de las mercancías.

Segunda oración: grado de diligencia exigido al porteador

215. Se observó que el objetivo de la segunda oración del proyecto de artículo 46 era establecer el grado de diligencia exigido al porteador, y la responsabilidad de este con respecto a las mercancías dejadas bajo su custodia en caso de que el consignatario incumpliera su obligación de aceptar la entrega. Se mostró un apoyo general a la opinión de que la segunda oración del proyecto de artículo 46 se debía abordar conjuntamente con el proyecto de artículo 51, en lo que respecta a los derechos del porteador cuando haya imposibilidad de efectuar la entrega, y con el proyecto de artículo 53, en lo referente a la responsabilidad del porteador por mercancías que no haya podido entregar, y de que posiblemente se debiera eliminar esa oración del proyecto de artículo 46 y combinarla con el proyecto de artículo 53.

216. Recibió un apoyo general la opinión de que se debía mantener el contenido de la segunda oración, referente al grado de diligencia. Sin embargo, se manifestó la opinión de que el grado de diligencia exigido al porteador y la responsabilidad derivada del incumplimiento de ese grado de diligencia, según lo previsto en la segunda oración del proyecto de artículo 46, eran demasiado bajos, aunque también

se opinó que el grado de diligencia exigido era aceptable. Se señaló asimismo que la norma establecida en la segunda oración sobre el grado de diligencia del porteador quedaba fuera del alcance del contrato de transporte y que ello daba origen en algunas jurisdicciones al concepto de "mandato en caso de necesidad", que atribuía a un agente un grado de diligencia "razonable", mientras que el grado de diligencia exigido por la segunda oración era superior al que requería ese mandato. Otra sugerencia que se hizo con respecto al grado de diligencia era que se adoptara un criterio intermedio y se exigiera al porteador tratar las mercancías como si fueran suyas, como ya se hacía en algunos sistemas jurídicos nacionales.

217. Otras opiniones fueron que el grado de atención exigido al porteador que establecía la segunda oración era demasiado bajo considerando que los motivos para la no aceptación de la entrega por el consignatario podían ser diversos y estar fuera de su control. También se sugirió que, si no se podía llegar a un acuerdo sobre un grado de diligencia adecuado y se suprimía la oración, quizá no fuera suficiente dejar el asunto a los sistemas jurídicos nacionales y podría ser necesario incluir una disposición que estableciera expresamente que el grado de diligencia se regiría por la legislación aplicable.

218. En apoyo de la supresión del proyecto de artículo 46 en su totalidad se manifestó que, a la vista de que el proyecto de convenio contenía ya normas adecuadas sobre el derecho de control y los derechos del porteador en tales circunstancias, era mejor suprimir el proyecto de artículo 46 que mantener incertidumbres acerca de si el incumplimiento por el consignatario de su obligación de aceptar la entrega permitía reclamar daños. En respuesta se dijo que el deber del consignatario de aceptar la entrega de las mercancías era importante y era necesario establecerlo expresamente, y se apoyó la opinión de que, por tanto, debía mantenerse el proyecto de artículo 46.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 46:

219. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Se mantuviera el texto del proyecto de artículo 46 con los ajustes de redacción necesarios, en particular después del debate de los proyectos de artículo 51 y 53.

Proyecto de artículo 47. Obligación de acusar recibo

Debate general

220. El Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo en que debía aprobarse el artículo 47 según figuraba en los anexos I y II del documento A/CN.9/WG.III/WP.56, con algunas mejoras de redacción.

Consideraciones adicionales sobre el proyecto de artículo 47

221. Ante el Grupo de Trabajo se manifestó la opinión de que el proyecto de instrumento debía establecer expresamente las consecuencias de la falta de acuse de recibo de las mercancías previsto en el proyecto de artículo 47, ya que se podía considerar que este hecho significaba un incumplimiento de la obligación que el proyecto de artículo 13 imponía al porteador de hacer entrega de las mercancías de conformidad con lo estipulado en el contrato de transporte. Otro aspecto de esta

cuestión que se señaló para que fuera considerado en el futuro por el Grupo de Trabajo era que el proyecto de instrumento debía incluir una disposición sobre el derecho del porteador a retener las mercancías en caso de que el consignatario no cumpliera su obligación de facilitar una identificación adecuada o no pagar el precio del transporte, ya que el sistema actual de recurrir a los regímenes nacionales o incluir una cláusula de retención en el contrato de transporte se consideraba insatisfactorio. Esta propuesta recibió apoyo.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 47

222. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Se aprobara el proyecto de artículo 47, con algunas mejoras de redacción; y
- Se estudiara la posibilidad de redactar un texto como se propone en el anterior párrafo 221.

Proyecto de artículo 48. Entrega en caso de no haberse emitido ni título de transporte negociable ni documento electrónico de transporte negociable

Debate general

223. Se recordó al Grupo de Trabajo que la última vez que había examinado el proyecto de artículo 48 había sido en su 11º período de sesiones (véase A/CN.9/526, párrs. 74 a 77). El Grupo de Trabajo examinó el texto de esta disposición tal como figuraba en los anexos I y II del documento A/CN.9/WG.III/WP.56.

224. Se recordó al Grupo de Trabajo que el proyecto de artículo 48 tenía la finalidad de regir la entrega cuando no se hubiera emitido ni título de transporte negociable ni documento electrónico de transporte negociable.

Apartado a) del proyecto de artículo 48

225. Se indicó que el apartado a) tenía la finalidad de obligar a la parte controladora a proporcionar al porteador el nombre y la dirección del consignatario si éstos no figuraban en los datos del contrato a fin de que el porteador pudiera efectuar la entrega. Hubo acuerdo sobre la sugerencia de que el texto se ajustara y adaptara a algunos reglamentos internos que requerían a la parte controladora que proporcionara la información en un plazo anterior al previsto en el proyecto de convenio. Se indicó asimismo que deberían sustituirse las palabras “dichos datos” por las palabras “el nombre y la dirección del consignatario”, a fin de dar aun mayor claridad al texto. También se expresó la opinión de que debería suprimirse el apartado a), pues se estimaba que su contenido ya había sido tratado en el proyecto de artículo 59.

Apartado b) del proyecto de artículo 48

226. Se señaló que el apartado b) tenía tres variantes. Un gran número de delegaciones se declaró partidario de que se retuviera en el proyecto de convenio la variante C del proyecto de disposición. Se indicó que dicha variante no consideraba la identificación del consignatario como requisito previo para la entrega de las mercancías y con ello se evitaba la consecuencia no deseada de que se declarara inválida una entrega de mercancías por el porteador al consignatario adecuado

cuando no hubiera una "identificación adecuada". Se agregó que la variante C reflejaría con precisión el concepto de que la identificación del consignatario era un derecho del porteador y no una obligación. Se señaló asimismo que con la variante C se lograría también el resultado deseado de dejar las cuestiones relativas a la falsedad de los documentos en manos del derecho interno. No obstante, algunas delegaciones también se declararon partidarias de la variante A del apartado b), pues estimaban que expresaba mejor la obligación del porteador de dar la identidad del consignatario. También se expresó el parecer de que el apartado b) debería suprimirse y de que el contenido del proyecto de disposición se abordara en el proyecto de artículo 47 agregando a él una referencia a la identificación del consignatario.

227. Se sugirió que la referencia al momento y al lugar de la entrega mencionados en el párrafo 4 del proyecto de artículo 11 en la variante C del apartado b) fuera sustituida por una referencia al momento y al lugar de la entrega convenida en el contrato de transporte, pues se consideraba que el párrafo 4 del proyecto de artículo 11 regulaba principalmente la definición del período de responsabilidad del porteador. No obstante, se observó que ese cambio podría crear problemas en la práctica, dado que los contratos de transporte raras veces especificaban el momento en que debía efectuarse la entrega, y se sugirió que la cuestión se examinara más a fondo o que se reconsideraran todas las referencias al momento de la entrega en el proyecto de convenio.

228. Se señaló que la cuestión de los conocimientos de embarque nominativos, que podían plantearse en relación con el apartado b) del proyecto de artículo 48, constituirían el tema de una futura propuesta. Según una opinión preliminar, sería mejor que los conocimientos de embarque nominativos se regularan de forma general en el proyecto de capítulo del proyecto de convenio relativo a los títulos de transporte.

Apartado c) del proyecto de artículo 48

229. Se observó que el apartado a) del proyecto de artículo 48 no preveía las consecuencias del incumplimiento, por la parte controladora, de la obligación de proporcionar el nombre y la dirección del consignatario, pero que la especificación de las consecuencias de tal hecho sería mejor que figuraran en el apartado c), insertando al principio del párrafo el siguiente texto: "De no conocer el porteador o ... el nombre y la dirección del consignatario". Se sugirió asimismo que en el proyecto de apartado c) figurara una referencia a la notificación efectuada por el porteador al consignatario, intercalando después de las palabras "de no reclamar el consignatario", palabras del siguiente tenor: "tras haber recibido notificación".

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 48:

230. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Se estudiaran sugerencias para mejorar la redacción de los apartados a) y b);
- Se mantuviera en el texto del proyecto de convenio la variante C del apartado b) del proyecto de artículo 48; y

- Las palabras "de no reclamar el consignatario", al principio del apartado c) del proyecto de artículo 48 del proyecto de convenio, se sustituyeran por las palabras "de desconocer el porteador el nombre y la dirección del consignatario o en caso de que el consignatario, tras haber recibido notificación,".

Proyecto de artículo 49. La entrega, caso de haberse emitido un título de transporte negociable o un documento electrónico de transporte negociable

Debate general

231. Se recordó al Grupo de Trabajo que había examinado por última vez el proyecto de artículo 49 en su 11º período de sesiones (véase A/CN.9/526, párrs. 78 a 90). El Grupo de Trabajo consideró el texto de esta disposición que figura en los anexos I y II del documento A/CN.9/WG.III/WP.56.

232. Se explicó que el objetivo del proyecto de artículo 49 era reformar el sistema de títulos de transporte negociables en el transporte marítimo y especialmente eliminar los problemas que planteaban las mercancías que llegaban al lugar de destino antes de que hubiera llegado el conocimiento de embarque. En la práctica, se habían desarrollado algunas técnicas para resolver el problema, como la de entregar las mercancías a cambio de una carta de descargo, pero se consideró que estas soluciones seguían siendo insatisfactorias. Se propuso que el proyecto de disposición recuperara la función original del conocimiento de embarque y pusiera de relieve los problemas que planteaban los conocimientos de embarque "caducados".

233. Se indicó además que el proyecto de disposición tendría unas consecuencias importantes para las prácticas bancarias actuales, en particular reduciría el valor de los conocimientos de embarque en manos de los bancos intermediarios y tendría una influencia importante en el sistema actual de créditos documentales. A la vista de este impacto en el sector bancario, se manifestó la opinión de que quizá debieran introducirse en el proyecto de artículo 49 algunas modificaciones que limitaran su alcance, por ejemplo, restringir su aplicación únicamente a los conocimientos de embarque que contuvieran una declaración expresa a tal efecto. Aunque se manifestaron todavía reservas con respecto a la aplicación práctica real del proyecto de artículo 49, se observó que los cambios que provocaría serían bienvenidos por algunas ramas del sector bancario, que también pretendían que hubiera normas claras y previsibles a este respecto, y que se habían recibido comentarios positivos de otros intereses bancarios sobre el nuevo régimen propuesto. Se manifestó un apoyo general a que se considerara el régimen de proyecto de artículo 49 como base para las deliberaciones.

Apartado a) del proyecto de artículo 49

234. Se indicó que el apartado a) del proyecto de artículo 49 establecía que el tenedor de un título de transporte negociable o un documento electrónico de transporte negociable tenía derecho a reclamar la entrega de las mercancías contra la devolución de ese título o documento. Se observó que el apartado a) del proyecto de artículo 49 podía tener consecuencias sobre el derecho de detención en tránsito y que necesitaba más reflexión la interacción entre ambos. En respuesta, se indicó que

el derecho de detención era una medida reparadora que el contrato de venta permitía pero que, en la práctica, para ejercitarlo se necesitaba controlar el conocimiento de embarque y que eso impedía que se planteara un conflicto entre el apartado a) del proyecto de artículo 49 y el derecho de detención. Como respuesta, se propuso que el proyecto de convenio aclarara que sus disposiciones no afectaban a los regímenes nacionales de propiedad y quiebra.

235. Se propuso un cambio de redacción consistente en sustituir "tendrá derecho" por "estará obligado" en el apartado a) del proyecto de artículo 49 con el fin de armonizar esta disposición con la obligación del consignatario de aceptar la entrega que establece el proyecto de artículo 46.

Apartado b) del proyecto de artículo 49

236. Se indicó que el apartado b) del proyecto de artículo 49 abordaba la situación que se planteaba cuando la carga había llegado a destino pero el tenedor del título de transporte negociable o documento electrónico de transporte negociable no reclamaba su entrega. Se explicó que, en tales circunstancias, el porteador tenía la obligación de dar aviso a la parte controladora de que el tenedor del título no había reclamado la entrega, pero que, si no se podía identificar a la parte controladora, el porteador tenía derecho a pedir instrucciones al cargador sobre la entrega de las mercancías.

237. Se sugirió que el proyecto de disposición debía especificar mejor el grado de diligencia exigido al porteador en la búsqueda de la identidad de la parte controladora y que debía enmendarse el proyecto de disposición para incluir aquellas situaciones en las que una persona que no era el tenedor reclamaba la entrega de las mercancías. Como alternativa se indicó que podían suprimirse los apartados b) y c) del proyecto de artículo 49 y que se podía remitir al porteador a los recursos que el proyecto de artículo 51 establecía en caso de imposibilidad de efectuar la entrega. De acuerdo con esta propuesta, se sugirió que se mantuviera sin cambios el derecho del tenedor del título a las mercancías y que este tuviera derecho a los beneficios de la venta de las mercancías de conformidad con el proyecto de artículo 51. Sin embargo, se observó que los recursos previstos en el proyecto de artículo 51 estaban admitidos desde hacía algún tiempo en la práctica real pero que no se habían resuelto los problemas generados en relación con los conocimientos de embarque.

238. En respuesta a una pregunta, se observó que la prescripción de que el porteador diera aviso a la parte controladora de que el tenedor del título no se había presentado se consideraba que establecía una obligación para el porteador. Además, se manifestó la opinión de que, a la vista de las prácticas comerciales, no se consideraba que esta obligación del porteador de dar aviso a la parte controladora fuera onerosa. Además, se sugirió que se dejara más claro que el apartado b) del proyecto de artículo 49 se refería a la situación que se planteaba cuando la carga había llegado pero no había interés en reclamarla, mientras que el apartado d) del proyecto de artículo 49 se refería a la situación que se planteaba cuando la entrega era posible pero no había conocimiento de embarque y el proyecto de artículo 51 se refería a una tercera situación en la que nadie reclamaba la entrega y el porteador podía disponer de la carga.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre los apartados a) y b) del proyecto de artículo 49:

239. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Se mantuviera el texto del apartado a) del proyecto de artículo 49, a la espera del examen por el Grupo de Trabajo del resto del proyecto de artículo;
- Se mantuviera el texto del apartado b) del proyecto de artículo 49 para su ulterior examen por el Grupo de Trabajo en función de las observaciones antes señaladas; y
- Se reanudara el debate de los apartados c), d) y e) del proyecto de artículo 49 cuando el Grupo de Trabajo volviera a considerar el proyecto de capítulo 10.

III. Otros asuntos

Calendario de los períodos de sesiones 17º y 18º

240. El Grupo de Trabajo observó de que la celebración de su 17º período de sesiones estaba prevista del 3 al 13 de abril de 2006 en Nueva York. El Grupo de Trabajo tomó nota con reconocimiento de la decisión adoptada por la Comisión, en su 38º período de sesiones, de asignar al Grupo de Trabajo períodos de sesiones de dos semanas con miras a que pudiera concluir su labor (véase A/60/17, párr. 240).

241. Se señaló que, con sujeción a la aprobación por la Comisión en su 39º período de sesiones, la celebración del 18º período de sesiones del Grupo de Trabajo estaba prevista del 6 al 17 de noviembre de 2006 en Viena (véase A/60/17, párr. 241).

Planificación de la labor futura

242. Con miras a estructurar las deliberaciones sobre las disposiciones restantes del proyecto de instrumento, el Grupo de Trabajo adoptó el programa provisional que se expone a continuación, que habría de seguirse por el orden indicado, con miras a finalizar su segunda lectura y a iniciar la tercera lectura del proyecto de instrumento.

17º período de sesiones (Nueva York, 3 a 13 de abril de 2006):

- Derecho de control;
- Transferencia de derechos;
- Entrega de las mercancías (continuación);
- Ámbito de aplicación y autonomía contractual de las partes;

- Obligaciones del cargador; y
- Títulos de transporte.

18º período de sesiones (Viena, 6 a 17 de noviembre de 2006 - fechas sujetas a aprobación):

- Cuestiones que hubieran quedado pendientes del 17º período de sesiones;
- Derechos de acción o procesales y plazo para presentar una demanda;
- Limitación de la responsabilidad, incluido el proyecto de artículo 104 sobre una enmienda de los montos de limitación;
- Disposiciones finales; y
- Vía judicial y arbitral.

243. Habida cuenta de la complejidad de las cuestiones que figuran en el programa del próximo 17º período de sesiones del Grupo de Trabajo, varias delegaciones sugirieron que se organizara un seminario de estudio para ayudar a las delegaciones a preparar ese período de sesiones. Se sugirió además que el seminario tuviera lugar en Londres el 23 y el 24 de enero de 2006. Si bien se subrayó que el seminario no era un acto organizado ni patrocinado por la CNUDMI, se procuraría facilitar que las delegaciones pudieran intervenir en inglés y francés. Se invitaba a participar en el seminario a todas las delegaciones interesadas y se pedía a la Secretaría que proporcionara toda la información pertinente a través del sitio de la CNUDMI en Internet.

244. Las delegaciones señalaron la importancia de comprender las repercusiones del régimen de contratos por volumen de carga en los cargadores pequeños o poco modernizados. Se indicó que, si bien se aceptaba la realidad de que el concepto de contratos por volumen de carga era una solución de avenencia en el proyecto de convenio, ese concepto jurídico no era muy conocido en todos los ordenamientos jurídicos y, por consiguiente, se pensaba que no todas las delegaciones podrían apreciar plenamente las repercusiones de la regulación de los contratos por volumen de carga en el proyecto de convenio. Con miras a agilizar más la preparación del proyecto de convenio, un gran número de delegaciones apoyó la idea de que se preparara un documento explicativo sobre la regulación de los contratos por volumen de carga en el proyecto de convenio para hacer comprender mejor sus repercusiones jurídicas y prácticas. Se sugirió asimismo pedir al Comité Marítimo Internacional (CMI) que colaborara en la preparación de dicho documento, habida cuenta de su alto nivel de especialización técnica en este campo, y el CMI se manifestó dispuesto a prestar asistencia al respecto.

B. Derecho del transporte: preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] [de mercancías]

Vía judicial y arbitraje: Información presentada por la delegación de Dinamarca durante el 15º período de sesiones

(A/CN.9/WG.III/WP.49) [Original: inglés]

Nota de la Secretaría

Durante el 15º período de sesiones del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte), que se celebró en Nueva York del 18 al 28 de abril de 2005, la delegación de Dinamarca distribuyó oficiosamente el cuadro que se adjunta como anexo I al presente documento durante el examen de los capítulos relativos a la vía judicial y al arbitraje del proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías. La delegación de ese país informó al Grupo de Trabajo de que el texto tenía por objeto facilitar el examen en el Grupo de Trabajo de los temas señalados, habiéndose recogido en él las opiniones y observaciones de distintas delegaciones en un solo documento, para su examen por el Grupo. Además de algunas observaciones aisladas que fueron recibidas por la delegación de Dinamarca, las siguientes delegaciones presentaron observaciones que se recogen en el anexo: China, el Japón, Noruega, Nueva Zelandia, la República de Corea, la Cámara Naviera Internacional, el Consejo Marítimo Internacional y del Báltico y el Grupo Internacional de Asociaciones de Protección e Indemnización.

Se señaló al Grupo de Trabajo que la primera columna del cuadro que figura en el anexo I consistía en el texto de las disposiciones pertinentes del documento A/CN.9/WG.III/WP.32, tal como las enmendó el Grupo de Trabajo en su 14º período de sesiones, celebrado del 29 de noviembre al 10 de diciembre de 2004 en Viena. Además, se indicó que la segunda columna del cuadro contenía variantes propuestas del texto de la primera columna, y que en la tercera figuraba un resumen de las observaciones de las delegaciones sobre el texto de las columnas primera y segunda.

El cuadro del anexo I se reproduce en la forma en que lo recibió la Secretaría.

Anexo

Vía judicial y arbitraje

Capítulo 15 en su forma enmendada por el Grupo de Trabajo en Viena en 2004	*Abril de 2005*	*Observaciones y resumen*
Vía judicial	***Vía judicial***	Algunas delegaciones que formularon observaciones continúan preocupadas por la incorporación al texto de normas sobre la vía judicial y el arbitraje. Se considera que las disposiciones al respecto podrían obstaculizar la ratificación general del nuevo convenio, porque los problemas son delicados y controvertidos. Además, se ha señalado que si se incluyeran disposiciones sobre la competencia al crearse la posibilidad de que los propietarios de las mercancías entablen una acción en cualquiera de los distintos foros, en lugar de presentar sus reclamaciones en un solo foro con un régimen único, se atentaría contra la eficacia del sistema actual, de eficacia probada. Otro aspecto es que las normas sobre jurisdicción sin otras correspondientes sobre reconocimiento y ejecución podrían crear situaciones de punto muerto. Se señala que el Convenio en su forma actual contiene cláusulas sobre jurisdicción que obligan al porteador o al propietario de la carga a entablar una acción ante determinados tribunales, limitando con ello las posibilidades de elección del foro del demandante. Por lo general, los bienes se encontrarán en uno de estos lugares, pero no existen garantías al respecto. De no existir la obligación correspondiente de los demás Estados Parte de reconocer y ejecutar la sentencia que se haya dictado con arreglo al Convenio, tal vez sería imposible que el demandante en la práctica obtuviera la ejecución de la sentencia.
	Artículo 1 (xx) [De no haberse dispuesto otra cosa en el instrumento] [Por] [por] “momento de recepción” y “lugar de recepción” se entenderá el momento y el lugar convenidos en el contrato de transporte o, a falta de toda estipulación al respecto en dicho contrato, el momento y el lugar que sea conforme a las costumbres, a las prácticas o a los usos del comercio.	A fin de aclarar que el lugar de recepción y el lugar de entrega son los lugares estipulados en el contrato y no los lugares de recepción o entrega efectivas, se ha propuesto introducir definiciones (véanse las observaciones al artículo 72, b) y c)). Es necesario determinar si el “momento y el lugar de recepción y de entrega” se consideran también el momento y el lugar “contractuales” de recepción y entrega de las mercancías. De no ser así, se deben aclarar por separado las disposiciones con las que se quiera darles un significado distinto. Si el término “contractual” es el que se utiliza para todos los lugares, pueden suprimirse las palabras entre corchetes.

Capítulo 15 en su forma enmendada por el Grupo de Trabajo en Viena en 2004	*Abril de 2005*	*Observaciones y resumen*
	A falta de toda estipulación al respecto en el contrato de transporte, o a falta de toda costumbre, práctica comercial o uso en el comercio, se entenderá por momento y lugar de recepción de las mercancías el lugar y el momento en el que el porteador o la parte ejecutante se haga efectivamente cargo de las mercancías.	Si se agregan definiciones de "lugar de recepción" y "lugar de entrega", los apartados b) y c) pueden sustituirse por el texto siguiente: **"Artículo 72** b) el lugar de entrega o el lugar de recepción; o".
	Artículo 1 (xxx) [De no haberse dispuesto otra cosa en el instrumento,] se entenderá por "momento de entrega" y "lugar de entrega" el momento y el lugar estipulado al respecto en el contrato de transporte, o de no haberse estipulado nada en lo relativo a la entrega de las mercancías en dicho contrato, el momento y el lugar que sea conforme a la costumbre, a la práctica comercial o a los usos del comercio que sea aplicable. A falta de toda estipulación al respecto en el contrato de transporte, o a falta de toda costumbre, práctica comercial o uso en el comercio, se entenderá por momento y lugar de entrega de las mercancías el momento y el lugar en que se haga la descarga de las mercancías del último buque o vehículo en el que se hayan de transportar con arreglo al contrato de transporte.	Véanse las observaciones que figuran más arriba.
Artículo 72. En todo procedimiento judicial relativo al transporte de mercancías con arreglo al presente instrumento, el ~~demandante~~ [reclamante de la carga], podrá, a su elección, ejercitar la acción ante un tribunal de un Estado contratante, el que, a tenor de la ley del foro dentro de	***Artículo 72.*** En todo procedimiento judicial incoado por el cargador u otro propietario de la carga contra el porteador en relación con el transporte de las mercancías con arreglo al presente instrumento, el reclamante de la carga, podrá, a su elección, ejercitar la acción ante un tribunal de un Estado Parte que sea competente, a tenor de la ley del foro, y dentro de	El alcance de esta disposición se ha limitado a fin de hacerla aplicable a las situaciones en que el propietario de la carga presente una reclamación con arreglo al instrumento contra el porteador contratante. Esta fórmula impide que el porteador entable con arreglo al instrumento una acción judicial para obtener una declaración de exención de responsabilidad con objeto de sustraerse a la elección del foro por el demandante que fuera propietario de la carga. Sin embargo, se ha expresado la opinión de que al presentar una demanda tanto el porteador como el propietario de la carga deben quedar obligados por las mismas reglas.

Capítulo 15 en su forma enmendada por el Grupo de Trabajo en Viena en 2004	*Abril de 2005*	*Observaciones y resumen*
cuya jurisdicción esté situado uno de los lugares siguientes:	cuya jurisdicción esté situado uno de los lugares siguientes:	Obsérvese que la disposición está sujeta a lo previsto en el artículo 74 *ter*. Además, se debe tomar nota de que las acciones del porteador y de las partes marítimas ejecutantes no quedan eliminadas por completo del proyecto, sino que se hallan reguladas en el párrafo 2 del artículo 74 *ter*. Se ha propuesto refundir el artículo 74 *ter* con este artículo, a fin de reducir al mínimo el número de artículos. Se ha aplicado la expresión "demandante que fuera propietario de la carga". De esta manera, no parece existir la necesidad de una definición, porque la expresión difiere del término "demandante". En la propuesta se ha incorporado el requisito de que el lugar designado se encuentre en un Estado Parte. De conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el término "Estado contratante" queda reemplazado por "Estado Parte". La mayoría de las delegaciones que formularon observaciones era partidaria de que existieran disposiciones aparte para los factores de conexión en las demandas contra el porteador contratante, por una parte, y las partes ejecutantes marítimas, por otra, y expresó apoyo general al texto en su forma propuesta. Sin embargo, se sugirió sustituir las palabras "el cargador u otro propietario de la carga" por las palabras "el tenedor de un documento de transporte", y las palabras "demandante que fuera propietario de la carga" por las palabras "dicho tenedor". Otro corresponsal señaló que la decisión final sobre la terminología debería aplazarse hasta que se conocieran los resultados del debate sobre el Capítulo 13 (Derechos de acción o procesales).
a) El [establecimiento principal] o, a falta de este, la residencia habitual [<u>o el domicilio</u>] del demandado; o ...	a) El establecimiento principal o [, a falta de este,], la residencia habitual del demandado; o [la filial de la empresa por conducto de la cual se hubiera celebrado el contrato]; o Variante 1: a) El establecimiento principal o [, a falta de este], el domicilio del demandando o ... Variante 2 a) El establecimiento principal o [, a falta de este], la residencia habitual del demandado, o	Esta disposición refleja la norma general en materia de jurisdicción. Hay apoyo general para una disposición de este tipo. Sin embargo, se formularon varias sugerencias sobre la forma en que se debería redactar. Algunas delegaciones respaldaron la supresión de los corchetes con que se introducen dos factores de conexión en la misma disposición. En la perspectiva contrapuesta, otras delegaciones son contrarias a aumentar el número de factores de conexión. Se han formulado varias sugerencias sobre la redacción propiamente dicha. En cuanto a la introducción del término "domicilio", se indicó que debía reemplazar el término "residencia habitual" en lugar de agregarse a él. Se propuso también utilizar en la versión inglesa el término "where the defendant is ordinary resident", que se utiliza en el CRM y en el Convenio de Varsovia de 1929.

Capítulo 15 en su forma enmendada por el Grupo de Trabajo en Viena en 2004	*Abril de 2005*	*Observaciones y resumen*
		Aunque algunas delegaciones apoyaron la inclusión de la frase "la filial de la empresa [del demandado] por conducto de la cual se hubiera celebrado el contrato", la mayoría de los corresponsales se declaró partidaria de suprimirla.
[b) El lugar de celebración del contrato, siempre que el demandado tenga en dicho lugar un establecimiento, sucursal o agencia que haya intervenido en la celebración del contrato; o]		Pese a que esta disposición todavía cuenta con el apoyo de algunas delegaciones, la mayoría de las que formularon observaciones apoyó la decisión de suprimirla, adoptada en el 14º período de sesiones del Grupo de Trabajo.
c) El lugar de recepción [efectiva/contractual] de las mercancías o el lugar de su entrega [efectiva/contractual]; o [d) el puerto donde se efectúe la carga inicial de las mercancías en un buque marítimo; o e) el puerto donde se efectúe la descarga definitiva de las mercancías desde un buque marítimo; o	b) el lugar en que el porteador o alguna parte ejecutante hayan recibido inicialmente las mercancías de manos del expedidor [de conformidad con el párrafo 2) del artículo 7], c) el lugar donde las mercancías hayan de ser entregadas finalmente por el porteador o alguna parte ejecutante [con arreglo al párrafo 3 o el párrafo 4 del artículo 7]; o	La mayoría de los delegados que se refirieron a esta cuestión fueron partidarios de precisar que los lugares de recepción y entrega a que se alude en esta disposición deberían ser los lugares estipulados en el contrato y no los lugares de recepción y entrega efectivas. Se señala que el lugar contractual es más previsible para las partes. Por ejemplo, el lugar de entrega efectiva podría ser un puerto de refugio, lo cual no sería previsible para las partes contratantes. Obsérvense las inserciones de definiciones propuestas en el artículo 1 *supra*.
[d) Cualquier otro lugar designado al efecto en el título de transporte o en el documento electrónico.]	d) Cualquier otro lugar designado al efecto en el título de transporte o en el documento electrónico. Variante: d) el lugar indicado en el contrato de transporte o en todo otro acuerdo pertinente.	Las observaciones a este respecto se formularon sin perjuicio del debate básico respecto de si las cláusulas sobre la competencia deben o no ser excluyentes. Se expresó algún apoyo al texto de la variante. Se sostuvo que debía ser válida toda jurisdicción estipulada en el contrato, con independencia de la forma o el documento en que se estableciera. Sin embargo, la mayoría de las delegaciones que formularon observaciones prefería una disposición más clara y estricta que se atuviera al espíritu del texto original.

Capítulo 15 en su forma enmendada por el Grupo de Trabajo en Viena en 2004	*Abril de 2005*	*Observaciones y resumen*
	***Artículo 72* bis.** En todo procedimiento judicial incoado por el cargador u otro propietario de la carga contra la parte ejecutante marítima en relación con el transporte de mercancías con arreglo al presente instrumento, el demandante, podrá, a su elección, ejercitar la acción ante un tribunal de un Estado Parte que sea competente a tenor de la ley del foro, y dentro de cuya jurisdicción esté situado uno de los lugares siguientes:	Pese a que se expresó cierta preocupación, las delegaciones que formularon observaciones aceptaron en general la idea de factores de conexión independientes para las partes ejecutantes marítimas. Muchas de las observaciones sobre redacción formuladas respecto del artículo 72 son pertinentes también a este respecto.
	a) el establecimiento principal o [, a falta de este,] la residencia [habitual/permanente] del demandado; o b) el lugar en que la parte ejecutante marítima haya recibido [inicialmente] las mercancías; o c) el lugar en que la parte ejecutante marítima haya entregado [definitivamente] las mercancías; o	Igualmente en relación con los factores de conexión propuestos, se expresó apoyo generalizado para el texto, a reserva de las observaciones formuladas en relación con el artículo 72. Sin embargo, se sostuvo que en las demandas contra una parte ejecutante marítima sería más adecuado que los lugares de recepción y entrega fueran el lugar efectivo y no el lugar contractual, porque, a diferencia de lo que ocurre en las demandas contra el porteador contratante, lo que crea el nexo entre el demandante y el demandado es el cumplimiento efectivo y no el contrato. Además, se señaló que las palabras “inicialmente” y “definitivamente” no parecían adecuadas en relación con las partes ejecutantes marítimas que prestaran sus servicios en una jurisdicción únicamente, por ejemplo, los estibadores y las empresas de terminales.
[***Artículo 73.*** No obstante lo dispuesto en el artículo 72, la acción podrá ejercitarse ante los tribunales de cualquier puerto o lugar de un Estado Parte en el que el buque que efectúe el transporte [o todo buque que intervenga en dicha operación], así como cualquier otro buque que pertenezca al porteador haya sido embargado de conformidad con la normativa aplicable del derecho interno de dicho Estado o del derecho internacional. Sin embargo, en tal caso, el demandante deberá, si lo solicita el demandado, trasladar la	[***Artículo 73.*** No obstante lo dispuesto en el artículo 72, la acción podrá ejercitarse ante los tribunales de cualquier puerto o lugar de un Estado Parte en el que el buque que efectúe el transporte [o todo buque que intervenga en dicha operación], así como cualquier otro buque que pertenezca al porteador, haya sido embargado de conformidad con la normativa aplicable del derecho interno de dicho Estado o del derecho internacional. Sin embargo, en tal caso, el demandante deberá, si lo solicita el demandado, trasladar la acción, a su elección, ante el tribunal de una de las jurisdicciones a que se alude en los artículos anteriores del presente capítulo para que se	Casi todas las delegaciones que formularon observaciones fueron contrarias a que se previera en este instrumento otra jurisdicción en que pudiera efectuarse el embargo. Algunas deseaban meramente que se suprimiera la disposición, pero otras fueron partidarias de una en que se indicara que las normas del instrumento respetaban la normativa nacional e internacional en vigor sobre el embargo. Se señaló que de no abordarse esta cuestión en el instrumento se generaría incertidumbre sobre la interrelación entre los dos conjuntos de normas. Se hicieron varios aportes exhaustivos a este respecto, en que se explicaban los problemas que planteaba el propuesto artículo 73 y que surgían si se decidía meramente suprimir la disposición. La opción más favorecida fue la de incorporar una disposición de contenido análogo al de la variante, dependiendo de su redacción.

Capítulo 15 en su forma enmendada por el Grupo de Trabajo en Viena en 2004	*Abril de 2005*	*Observaciones y resumen*
acción, a su elección, ante el tribunal de una de las jurisdicciones a que ~~se refiere el párrafo 1 del presente artículo~~ se refieren los artículos anteriores del presente capítulo para que se pronuncie sobre la reclamación, pero, antes de ese traslado el demandado deberá prestar fianza bastante para responder de las sumas que pudieran adjudicarse al demandante en virtud de la decisión que recaiga en el procedimiento.]	pronuncie sobre la reclamación, pero, antes de ese traslado, el demandado deberá prestar fianza bastante para responder de las sumas que pudieran adjudicarse al demandante en virtud de la decisión que recaiga en el procedimiento.] Variante: Nada de lo dispuesto en el presente capítulo afectará a la jurisdicción en lo concerniente al embargo [de conformidad con la normativa aplicable del derecho interno del Estado o del derecho internacional].	
	***Artículo 73* bis.** 1. Las partes podrán convenir que las acciones solo puedan ejecutarse en uno o más de los lugares enumerados en los artículos anteriores. 2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, un acuerdo en el sentido de que las acciones puedan ejercitarse únicamente en el establecimiento principal o [, a falta de este,] en el lugar de residencia [habitual/permanente] del demandado no impedirá al demandante que sea propietario de la carga incoar acciones en alguno de los demás foros existentes.	En la disposición propuesta se aborda la cuestión de la exclusividad de las cláusulas sobre la competencia. Las respuestas de las delegaciones reflejan suficientemente las diversas opiniones expresadas en el Grupo de Trabajo, desde el apoyo al carácter no excluyente, pasando por una exclusividad limitada, hasta una exclusividad ilimitada. En favor de la no exclusividad se sostiene que el propietario de la carga siempre deberá tener derecho a presentar una demanda en su propia jurisdicción, porque de lo contrario las costas del proceso podrían obstaculizar en la práctica incluso la presentación de reclamaciones por montos considerables. En favor de la exclusividad ilimitada se sostiene que, de no haberla, se crearía un obstáculo para incoar acciones ante tribunales con experiencia en controversias comerciales. Se sugiere que únicamente si el caso se remite a un tribunal que la tenga en asuntos marítimos o comerciales puede recurrirse a un foro estipulado en el contrato. Sin embargo, la mayoría de las delegaciones que formularon observaciones estaba dispuesta a estudiar la exclusividad limitada como posible fórmula de transacción. De cualquier modo, se hicieron algunos comentarios y observaciones sobre la fórmula propuesta en el artículo 73 *bis*.

Capítulo 15 en su forma enmendada por el Grupo de Trabajo en Viena en 2004	*Abril de 2005*	*Observaciones y resumen*
		Se señala que la referencia a "los lugares enumerados en los artículos anteriores" debe excluir el apartado d) del párrafo único del artículo 72, porque de lo contrario no habría limitaciones a la exclusividad. En efecto, la inclusión de dicho apartado depende de la decisión que se adopte sobre este artículo. Se propone trasladarlo insertándolo antes del artículo 73. Además, se propuso que se aclarara cuán precisa debía ser la designación, es decir, si se referiría a un tribunal determinado o meramente a una jurisdicción. Por último, varias delegaciones plantearon inquietudes sobre el segundo párrafo. Preferían incluir el apartado a) del párrafo único del artículo 72 en la lista de foros en los que pudiera estipularse una jurisdicción exclusiva.
Artículo 74. No podrá incoarse ningún procedimiento judicial relativo al transporte de mercancías, con arreglo al presente instrumento, en un lugar que no esté señalado en los artículos 72 o 73 del presente artículo. Lo dispuesto en el presente artículo no privará de competencia a ningún tribunal de un Estado Parte para imponer toda medida cautelar que sea del caso.	***Artículo 74.*** No podrá incoarse ningún procedimiento judicial relativo al transporte de mercancías, con arreglo al presente instrumento, en un lugar que no esté señalado en los artículos 72, 72 *bis* o 73 del presente artículo. Lo dispuesto en el presente artículo no privará de competencia a ningún tribunal de un Estado Parte para imponer toda medida cautelar que sea del caso. [2. Para los fines del presente artículo se entenderá por "medida cautelar": a) Toda orden de preservar, colocar bajo custodia provisional o vender cualesquiera bienes que sean objeto de la controversia; o b) Toda orden por la que se haya de depositar en caución una suma correspondiente al importe que represente la controversia; o c) Toda orden por la que se haya de nombrar a un síndico o administrador judicial; o	La mayoría de las delegaciones que formularon observaciones apoyó esta disposición. Algunas delegaciones propusieron que se aclararan las palabras "medida cautelar". Se sugirió utilizar como modelo el artículo 9 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje. Este texto se insertó entre corchetes como párrafo 2.

Capítulo 15 en su forma enmendada por el Grupo de Trabajo en Viena en 2004	*Abril de 2005*	*Observaciones y resumen*
	d) Toda otra orden destinada a impedir que los bienes de la otra parte sean dispersados con miras a frustrar la ejecución del laudo arbitral que se vaya a emitir; o e) Toda medida conminatoria o toda medida preventiva de otra índole.]	
	***Artículo 74* bis.** Si un titular de la carga ha entablado una acción en uno de los lugares enumerados en los artículos 72 y 72 *bis*, toda acción subsiguientemente entablada con arreglo al presente instrumento, relativa a un mismo incidente, deberá ser trasladada, a instancia del demandado, al lugar donde se haya entablado la primera acción.	La mayoría de las delegaciones que formularon observaciones apoyó en principio una norma sobre el concurso de acciones. Sin embargo, al mismo tiempo se expresó inquietud generalizada, principalmente porque había resultado imposible lograr acuerdo cuando se planteó la cuestión en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Además, se argumentó que el procedimiento previsto en el presente proyecto sería innecesariamente engorroso. Se propuso que se exigiera al demandante que presentara su demanda ante el tribunal designado por el demandado, siempre que este resultara aceptable.
	***Artículo 74* ter.** [1. Si el titular de la carga interpone una acción solidaria contra el porteador contractual y la parte ejecutante marítima, deberá hacerlo en alguno de los lugares en que conforme al artículo 72 *bis* quepa entablar una acción frente a una parte ejecutante marítima.] 2. Si el porteador o la parte ejecutante marítima entabla una acción con arreglo al presente instrumento contra el cargador o contra algún otro titular de la carga, el demandante, obrando a instancia del demandado, deberá trasladar las actuaciones a cualquiera de los lugares señalados en los artículos 72 o 72 *bis*, que el demandado elija.	Esta disposición también fue apoyada en principio, pero a reserva de que se perfeccionara su redacción. Se ha sostenido que el sistema esbozado es demasiado rígido. Por ejemplo, la norma no debe anular una cláusula sobre la competencia que se aplique para el porteador y la parte ejecutante marítima si la jurisdicción estipulada en el contrato se halla en uno de los lugares señalados en el artículo 72 o 72 *bis*.

Capítulo 15 en su forma enmendada por el Grupo de Trabajo en Viena en 2004	*Abril de 2005*	*Observaciones y resumen*
[***Artículo 75.*** Cuando se haya ejercitado una acción ante un tribunal competente, a tenor de los artículos 72 o 73, o cuando dicho tribunal haya pronunciado sentencia, no podrá entablarse ninguna nueva acción entre las mismas partes y por las mismas causas, salvo que la sentencia pronunciada por el tribunal ante el que se ejercitó la primera acción no sea ejecutable en el país en donde se abra el nuevo procedimiento. 2. Para los fines del presente capítulo, no se considerará como ejercicio de una nueva acción la apertura de actuaciones destinadas a obtener la ejecución de una sentencia; 3. Para los fines del presente capítulo, el traslado de una acción a otro tribunal del mismo país o a un tribunal de otro país, que se haga de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73, no se considerará como ejercicio de una nueva acción.]	~~[*Artículo 75.*~~ ~~1. Cuando se haya ejercitado una acción ante un tribunal competente, a tenor de los artículos 72 ó 73, o cuando dicho tribunal haya pronunciado sentencia, no podrá entablarse ninguna nueva acción entre las mismas partes y por las mismas causas, salvo que la sentencia pronunciada por el tribunal ante el que se ejercitó la primera acción no sea ejecutable en el país en donde se abra el nuevo procedimiento.~~ ~~2. Para los fines del presente capítulo, no se considerará como ejercicio de una nueva acción la apertura de actuaciones destinadas a obtener la ejecución de una sentencia;~~ ~~3. Para los fines del presente capítulo, el traslado de una acción a otro tribunal del mismo país o a un tribunal de otro país, que se haga de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73, no se considerará como ejercicio de una nueva acción.]~~	Todas las delegaciones que formularon observaciones apoyaron la supresión de este artículo.
***Artículo 75* bis.** No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores del presente capítulo, surtirá efecto todo acuerdo celebrado por las partes, [después de presentada una reclamación basada en el contrato] por el que se designe el lugar donde el demandante podrá ejercitar una acción.	***Artículo 75* bis.** No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores del presente capítulo, surtirá efecto todo acuerdo celebrado por las partes, <u>en la controversia</u>, después de presentada una reclamación basada en el contrato, por el que se designe el lugar donde el demandante podrá ejercitar una acción.	Este artículo recibió un apoyo generalizado. Algunas delegaciones también respaldaron la idea de señalar que este acuerdo debería ser expedito; sin embargo, en la perspectiva contrapuesta, algunas delegaciones fueron partidarias de que correspondiera al tribunal determinar si dicho acuerdo se concertaba o no. Se apoyó la frase “después de presentada una reclamación basada en el contrato”, que se consideró el momento indicado para celebrarlo.

Capítulo 15 en su forma enmendada por el Grupo de Trabajo en Viena en 2004	*Abril de 2005*	*Observaciones y resumen*
	Artículo XX Las partes en un acuerdo de transporte marítimo por servicio de línea (OLSA) podrán hacer extensivo a una tercera parte un acuerdo sobre la competencia únicamente cuando: i) las partes en un acuerdo OLSA estipulen expresamente en su acuerdo que el foro seleccionado sea vinculante para toda parte subsiguiente; ii) se haya dado aviso por escrito o por algún medio electrónico, a la parte subsiguiente, del lugar donde se haya de presentar la acción; iii) las partes en el acuerdo OLSA hayan seleccionado uno de los siguientes lugares: a) el lugar donde el porteador o alguna parte ejecutante hayan recibido inicialmente las mercancías de manos del expedidor, o el puerto donde las mercancías hayan sido inicialmente cargadas a bordo de un buque marítimo, o b) el lugar donde las mercancías hayan de ser entregadas por el porteador o por alguna parte ejecutante con arreglo al párrafo 3 o el párrafo 4 del artículo 7, o el puerto de descarga definitiva de las mercancías a partir de un buque marítimo, o c) el establecimiento principal o el lugar de residencia habitual del demandado, respecto de una o más remesas que naveguen en el marco del acuerdo OLSA considerado; y iv) el lugar seleccionado en el acuerdo OLSA esté ubicado en un Estado Parte.	La mayoría de las delegaciones que formularon observaciones no se hallaba en condiciones de comentar la cuestión del acuerdo OLSA en relación con la competencia del tribunal únicamente. Se presentó la observación siguiente: “de las reglas no imperativas de los acuerdos OLSA se infiere, si estas se incorporan en el Instrumento, que las cláusulas sobre jurisdicción *inter partes* son aceptables. Por lo que atañe al efecto vinculante de dichas cláusulas, el problema tiene un alcance más general que si se tratara de uno que se refiriera meramente a dichos acuerdos OLSA. El artículo XX contiene normas razonables para la protección de los terceros. Las partes solo dispondrán de un número limitado de opciones para elegir el foro competente. Como el puerto de carga o el puerto de descarga no deberían ser factores de conexión en el “aspecto principal” de las disposiciones sobre la competencia del tribunal, no debieran serlo tampoco a efectos de vincular a terceras partes a las cláusulas sobre la competencia del acuerdo OLSA”.

Capítulo 15 en su forma enmendada por el Grupo de Trabajo en Viena en 2004	*Abril de 2005*	*Observaciones y resumen*
Arbitraje		Algunas de las delegaciones que estaban preocupadas por la incorporación de las reglas sobre la competencia en el instrumento señalaron que lo estaban más aún por lo que respectaba al arbitraje. Si se incorporaran al texto reglas sobre el arbitraje, estas debían limitarse a una declaración en el sentido de que se permitirían dichos arreglos; exigir a los árbitros que aplicaran el régimen del Instrumento; y posiblemente, validar la incorporación en el conocimiento de embarque de cláusulas sobre arbitraje relativas a contratos de fletamento.
[***Artículo 76.*** A reserva de lo dispuesto en el presente capítulo, las partes podrán pactar [por un acuerdo que conste por escrito] que toda controversia relativa a un contrato de transporte al que sea aplicable el presente instrumento sea sometida a arbitraje.	[***Artículo 76.*** A reserva de lo dispuesto en el presente capítulo, las partes podrán pactar [por un acuerdo que conste por escrito] que toda controversia relativa a un contrato de transporte al que sea aplicable el presente instrumento sea sometida a arbitraje.	Las delegaciones que formularon observaciones apoyaron en general este artículo. En cuanto a la forma de la disposición, se deben tener en cuenta las observaciones presentadas por la secretaría de la CNUDMI en los párrafos 1 a 9 del documento WP.45. En el párrafo 9 se señala: “el Grupo de Trabajo III tal vez desee considerar si no sería preferible alinear toda definición del requisito de la forma escrita que se vaya a dar en el proyecto de instrumento con los resultados de la labor más reciente del Grupo de Trabajo II. Ahora bien, a fin de no duplicar la regulación de este requisito de forma, con la labor que se lleva a cabo en el marco de la Ley Modelo, que no ha concluido aún, el Grupo de Trabajo III tal vez estime que, para satisfacer los fines de las disposiciones concernientes al arbitraje del proyecto de instrumento, lo más sencillo sería disponer que las partes gozarán de autonomía para optar por el recurso a la vía arbitral (posibilidad que a la luz del derecho interno concerniente al transporte marítimo de mercancías, sería sin duda provechosa), lo que a su vez permitiría que se formulara el texto del proyecto de artículo 76 en términos más genéricos”.

Capítulo 15 en su forma enmendada por el Grupo de Trabajo en Viena en 2004	*Abril de 2005*	*Observaciones y resumen*
Artículo 77. De haberse emitido un título de transporte negociable o un documento electrónico negociable, el acuerdo de arbitraje o cláusula compromisoria deberá estar consignado en dicho título o documento, o deberá haber sido expresamente incorporado al mismo por remisión. De haberse estipulado en un contrato de fletamento que toda controversia, a que pueda dar lugar su ejecución, sea sometida a arbitraje y de no haberse consignado expresamente, en todo título de transporte negociable o documento electrónico negociable emitido a raíz de dicho contrato, que dicha estipulación será vinculante para el tenedor de dicho título o documento, el porteador no podrá invocar lo estipulado en el contrato contra un tenedor que haya adquirido de buena fe el título de transporte negociable o el documento electrónico negociable.	***Artículo 77.*** De haberse emitido un título de transporte negociable o un documento electrónico negociable, el acuerdo de arbitraje o cláusula compromisoria deberá estar consignado en dicho título o documento, o deberá haber sido expresamente incorporado al mismo por remisión. De haberse estipulado en un contrato de fletamento que toda controversia, a que pueda dar lugar su ejecución, sea sometida a arbitraje y de no haberse consignado expresamente, en todo título de transporte negociable o documento electrónico negociable emitido a raíz de dicho contrato, que dicha estipulación será vinculante para el tenedor de dicho título o documento, el porteador no podrá invocar lo estipulado en el contrato contra un tenedor que haya adquirido de buena fe el título de transporte negociable o el documento electrónico negociable.	Las delegaciones que formularon observaciones expresaron su apoyo general a este artículo. Respecto del mismo asunto, la secretaría de la CNUDMI señala que el Grupo de Trabajo II ha abordado en términos generales la cuestión de la incorporación por remisión, y recomienda que se estudie la posibilidad de ajustar este artículo a las conclusiones del debate general, (véanse los párrafos 10 y 11 del documento A/CN.9/WG.III/WP.45).
~~***Artículo 78.***~~ ~~El procedimiento arbitral será abierto, a elección del demandante, en alguno de los lugares siguientes:~~ ~~a) Algún lugar en el territorio del Estado en donde esté situado.~~ ~~i) El establecimiento principal del demandado o, en su defecto, el lugar de residencia habitual del demandado; o~~ ~~[ii) El lugar donde se haya celebrado el contrato de~~	***Artículo 78.*** Salvo en el caso de los contratos de transporte por servicio no regular, no podrá estipularse que el procedimiento de arbitraje se realice en lugares en que no sea posible entablar acciones con arreglo al Capítulo 15. Variante: Excepto en el caso de los contratos de transporte por servicio no regular, la sede del arbitraje relativo al transporte de mercancías con arreglo al presente instrumento debe hallarse en uno de los lugares previstos en el Capítulo 15 para entablar acciones.	Las opiniones sobre esta disposición fluctuaban entre la de quienes preferían hacer extensiva la limitación a todos los sectores del comercio con arreglo al instrumento y la de quienes eran partidarios de dejar el asunto al arbitrio de las partes en todas las situaciones. Sin embargo, se expresó algún apoyo para una solución que se ajustara al texto del artículo propuesto. En cuanto a la redacción, se formuló la observación siguiente: "Entendemos que, a diferencia de las vistas judiciales, las vistas arbitrales pueden celebrarse en cualquier parte del mundo aunque la "sede" oficial del tribunal se encuentre en un lugar determinado, siempre que las partes convengan en ello o que lo ordene el grupo de arbitraje. Desde luego, toda vista de este tipo se realizará de conformidad con cualquier reglamento aplicable, como el de la London Maritime Arbitrators'

Capítulo 15 en su forma enmendada por el Grupo de Trabajo en Viena en 2004	*Abril de 2005*	*Observaciones y resumen*
~~transporte, con tal de que el demandado tenga allí el establecimiento, la sucursal o agencia que haya intervenido en la celebración del contrato; o~~] ~~iii) El lugar donde el porteador o la parte ejecutante haya recibido las mercancías o el lugar de su entrega; o~~ ~~b) Todo otro lugar que se designe al efecto en el acuerdo de arbitraje o cláusula compromisoria~~		Association, y con arreglo al derecho de la sede. De este modo, se conserva el derecho de recurrir a los tribunales de la sede oficial." Se sostuvo que la variante del texto propuesta posiblemente reflejaba mejor lo arriba indicado. Véanse también las observaciones formuladas por la secretaría de la CNUDMI en el documento A/CN.9/WG.III/WP.45, párrafos 12 a 15. Pese a que estas observaciones se refieren en su mayor parte al artículo 78 en la forma en que apareció en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32, se deben tener presentes las observaciones generales sobre la forma en que se aborda la reglamentación de la sede del tribunal.
[***Artículo 79.*** El árbitro o el tribunal arbitral que entienda de la controversia deberá aplicar el régimen del presente instrumento.]	[***Artículo 79.*** El árbitro o el tribunal arbitral que entienda de la controversia deberá aplicar el régimen del presente instrumento.]	Las delegaciones que formularon observaciones expresaron apoyo en general a este artículo. Véanse, sin embargo, las observaciones formuladas por la secretaría de la CNUDMI en el documento A/CN.9/WG.III/WP.45, párrafos 16 a 19, en que se alude a la norma general por la que se deja al arbitrio de las partes la determinación del derecho aplicable.
Artículo 80. Se entenderá que lo dispuesto en los artículos 77 [y 78] forma parte de todo acuerdo de arbitraje o cláusula compromisoria que sea aplicable, por lo que será nula y sin efecto toda estipulación de dicho acuerdo o cláusula que sea incompatible con lo dispuesto en dichos artículos.	***Artículo 80.*** Se entenderá que lo dispuesto en los artículos 77 [y 78] forma parte de todo acuerdo de arbitraje o cláusula compromisoria que sea aplicable, por lo que será nula y sin efecto toda estipulación de dicho acuerdo o cláusula que sea incompatible con lo dispuesto en dichos artículos.	Las delegaciones que formularon observaciones expresaron su apoyo general a este artículo. Véanse también las observaciones formuladas por la secretaría de la CNUDMI en el párrafo 20 del documento A/CN.9/WG.III/WP.45.
***Artículo 80* bis.** Nada de lo dispuesto en el presente capítulo privará de validez a un acuerdo de arbitraje o cláusula compromisoria concertada por las partes después de que haya surgido la controversia relativa al contrato de transporte.	***Artículo 80* bis.** Nada de lo dispuesto en el presente capítulo privará de validez a un acuerdo de arbitraje o cláusula compromisoria concertada por las partes después de que haya surgido la controversia relativa al contrato de transporte.	Las delegaciones que formularon observaciones expresaron apoyo general a este artículo. Véanse también las observaciones formuladas por la secretaría de la CNUDMI en el párrafo 21 del documento A/CN.9/WG.III/WP.45.

C. Derecho del transporte: preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías*

Derecho de control: Información presentada por la delegación de Noruega

(A/CN.9/WG.III/WP.50/Rev.1) [Original: inglés]

Nota de la Secretaría

Durante el 15º período de sesiones del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte), celebrado en Nueva York del 18 al 28 de abril de 2005, el Grupo de Trabajo examinó en general la cuestión del derecho de control, de conformidad con el proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías. La delegación de Noruega ha remitido el documento adjunto a la presente nota como anexo I, a fin de facilitar el examen del tema del derecho de control recopilando en un solo documento las opiniones expresadas por distintas delegaciones en las consultas oficiosas, para someterlas al examen del Grupo de Trabajo. Las delegaciones siguientes formularon las observaciones que figuran en el anexo: España, Italia, Japón, Noruega, República de Corea, Cámara Naviera Internacional, Consejo Marítimo Internacional y del Báltico (BIMCO) y el Grupo Internacional de Asociaciones de Protección y de Indemnización.

El documento que figura en el anexo I se reproduce en la forma en que lo recibió la Secretaría.

---

* Obsérvese que en esta versión revisada del documento A/CN.9/WG.III/WP.50 los números de las disposiciones se han modificado para que correspondan a los que figuran en el documento A/CN.9/WG.III/WP.56.

Anexo

INFORME

Capítulo 11. Derecho de control (Karl J. Gombrii, Noruega)

1. El capítulo 11 del documento A/CN.9/WG.III/WP.32, relativo al derecho de control, fue objeto de una reunión oficiosa (seminario) entre períodos de sesiones, celebrada en Londres el 25 de febrero de 2005. En dicho seminario se presentó y examinó un documento oficioso en que se explicaban los antecedentes y el contenido del capítulo 11.

2. Tras el seminario de Londres se distribuyó electrónicamente un cuestionario oficioso en nombre de la delegación de Noruega. Se han recibido respuestas de las delegaciones de la República de Corea, España, el Japón, Italia, Noruega (indirectamente, en su calidad de país autor del presente informe) así como de BIMCO, la Cámara Naviera Internacional y el Grupo Internacional de Asociaciones de Protección e Indemnización (las indicadas organizaciones no gubernamentales presentaron una respuesta conjunta).

3. Sobre la base anterior, se señala lo siguiente:

4. Muchos de quienes respondieron consideran que el artículo 53 del documento A/CN.9/WG.III/WP.32, actualmente artículo 54 del documento A/CN.9/WG.III/WP.56, no distingue con claridad entre el derecho de la parte controladora de dar instrucciones unilaterales, por un lado, y el derecho de la misma parte, con exclusión de cualquier otra persona, de convenir en una modificación del contrato de transporte, por otro lado.

5. El fondo del párrafo b) del artículo 54, en que se prevé que la parte controladora podrá “reclamar la entrega de las mercancías antes de su llegada al lugar de destino”, constituye un motivo de discordia. Algunas de las delegaciones que respondieron consideraron que esta exigencia constituiría siempre una modificación del contrato y no podía ser objeto de instrucciones unilaterales. Otras señalaron que este derecho a dar instrucciones era indispensable, por ejemplo, en el caso de bancos que financiaran a los compradores. A modo de garantía, podría ser necesario que la parte controladora diera instrucciones cuando no se hubiera emitido un título de transporte negociable, y si pareciera que el comprador fuera incapaz de cumplir sus obligaciones con el banco, debía ser posible impedir que el cargamento entrara en la jurisdicción del cliente o comprador moroso.

6. En la mayoría de las respuestas al cuestionario oficioso se indicó que era importante que la parte controladora pudiera reclamar la entrega de las mercancías antes de su llegada al lugar de destino, y que el lugar de dicha entrega no debía encontrarse necesariamente en la ruta hacia el lugar del destino original, siempre que se cumplieran las condiciones previstas en el artículo 57.

7. Habida cuenta de lo anterior, tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar la reformulación siguiente del **artículo 54**:

> **"El derecho de control relativo a un contrato de transporte podrá ser ejercido únicamente por la parte controladora, y por él se entenderá el derecho de:**
>
> **a) convenir con el porteador en alguna modificación del contrato de transporte;**
>
> **b) dar o modificar instrucciones concernientes a las mercancías, en tanto que ello no constituya una modificación del contrato de transporte;**
>
> **c) sustituir al consignatario por alguna otra persona o incluso por la propia parte controladora;**
>
> **[d) reclamar, a reserva de las condiciones previstas en el artículo 55, la entrega de las mercancías en un lugar distinto del lugar de destino original.]"**

8. En el artículo 56 se decide quién será la parte controladora y se prevé la transferencia del derecho de control de una parte controladora a otra.

9. El párrafo 1) del artículo 56, aplicable en los casos en que no se haya emitido un título de transporte negociable, dispone en el apartado a) que el cargador será la parte controladora salvo que designe en calidad de tal al consignatario u otra persona. Como indican los corchetes del presente texto del proyecto de instrumento que figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32, ha habido desacuerdo respecto de si el cargador puede designar unilateralmente de ese modo a una nueva parte controladora o si se requiere el consentimiento del consignatario.

10. En las respuestas al cuestionario oficioso sobre este punto se registró una fuerte mayoría en favor de suprimir el texto entre corchetes a fin de dejar claro que el cargador puede designar unilateralmente a una nueva parte controladora. Además, en varias respuestas se señaló que en este caso es importante que exista la obligación de notificar al porteador.

11. Por lo tanto, y a juzgar por las respuestas al cuestionario oficioso, el **párrafo 1) a) del artículo 56** debería decir:

> **"El cargador será la parte controladora a menos que designe a otra parte en calidad de tal y notifique de ello al porteador."**

12. Otra pregunta con respecto al artículo 56 es la de cuándo se extinguirá el derecho de control en el caso de no haberse emitido ningún título de transporte negociable. ¿Cuando las mercancías hayan llegado a su destino y el consignatario haya pedido su entrega, o cuando las mercancías se entreguen efectivamente en su destino?

13. Las opiniones estuvieron divididas en el seminario de Londres. Algunos consideraron que la última era la solución más viable, porque era habitual que un cargador o vendedor diera instrucciones al porteador de ponerse en contacto con él al llegar a destino e inmediatamente antes de la entrega. La finalidad de esta instrucción sería la de permitir que el cargador o el vendedor verificara la recepción del pago antes de entregar el cargamento al consignatario o el comprador. Si este pago no se ha recibido, el cargador o el vendedor, en su calidad de parte controladora, deberá tener el derecho de designar a un nuevo consignatario para proteger así su situación, incluso aunque la parte morosa haya pedido la entrega.

14. Otros consideraron que las instrucciones al porteador, en esa situación podrían ser las de ponerse en contacto con el cargador o el vendedor poco antes de la llegada a destino, y que podía conservarse la redacción actual del párrafo d) del artículo 56.

15. En las respuestas al cuestionario oficioso sobre este punto, la opinión mayoritaria fue que el derecho de control debería extinguirse en el momento de la entrega efectiva de las mercancías en el lugar de destino, pero en dos respuestas se propuso la otra solución. Habida cuenta de ello, el **párrafo d) del artículo 56** debería decir:

> **"El derecho de control se extinguirá cuando las mercancías se hayan entregado en el lugar de destino [, o en cualquier otro lugar designado conforme al párrafo d) del artículo 53 [del documento A/CN.9/WG.III/WP.32, actualmente párrafo 1) del artículo 55 del documento A/CN.9/WG.III/WP.56]]."**

16. Que el texto comprendido entre corchetes sea o no necesario depende, desde luego, de la decisión del Grupo de Trabajo sobre el párrafo d) del artículo 53 del documento A/CN.9/WG.III/WP.32, actualmente párrafo 1) del artículo 55 del documento A/CN.9/WG.III/WP.56. En caso de suprimirse dicha disposición, evidentemente se debería suprimir también el texto comprendido entre corchetes del párrafo d) del artículo 56.

17. El párrafo 2) d) del artículo 56 (cuya supresión se ha sugerido en el documento A/CN.9/WG.III/WP.56) dispone en lo esencial que las instrucciones dadas se deben consignar en un título de transporte negociable. No existe la exigencia correspondiente de que unas instrucciones dadas sin que se haya emitido un título de transporte negociable -por ejemplo, sobre la designación de un nuevo consignatario- deban consignarse en algún título de transporte no negociable que se haya expedido. Esta cuestión se planteó en el cuestionario oficioso. En las respuestas hubo opiniones divididas sobre si se debía introducir este requisito. En tres se indicó que no, mientras que el mismo número de delegaciones (entre ellas la de Noruega) opinó que sí debía introducirse. Una delegación se declaró indecisa al respecto.

18. En las observaciones introductorias al capítulo 11 del documento A/CN.9/WG.III/WP.21, se señaló que en muchos intercambios comerciales disminuye rápidamente la utilización de títulos de transporte negociables o ha desaparecido por completo, y que un derecho de control bien definido y transferible podía cumplir una función útil en la elaboración de sistemas de comercio electrónico, en los que no se utilizan documentos electrónicos negociables. Tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar si puede potenciarse la utilización de títulos o documentos de transporte no negociables a efectos de financiación y/o de comercio electrónico introduciendo el requisito de que, cuando se emita un documento de

transporte no negociable, deben constar en él las instrucciones o la sustitución del consignatario. Si así se decide, tal vez el Grupo de Trabajo desee modificar el **párrafo 1) c) del artículo 56**, del siguiente modo:

> **"Cuando la parte controladora ejerza su derecho de control de conformidad con el artículo 54, deberá presentar algún medio de identificación adecuado, en todo título de transporte o documento electrónico no negociable que se haya emitido deberán constar las instrucciones dadas o la sustitución del consignatario por la parte controladora."**

19. En relación con el párrafo 4) del artículo 57, se ha discutido el asunto de si la responsabilidad del porteador por no cumplir las instrucciones que se le han dado debe ser estricta e ilimitada, o si, adoptando una interpretación auténtica de la disposición, esta responsabilidad es la propia de obrar con la diligencia debida, como en el caso de la responsabilidad por pérdida o daño del cargamento, y queda limitada del mismo modo.

20. La mayoría de quienes respondieron con claridad a la pregunta del cuestionario oficioso sobre este punto se declararon en favor de la responsabilidad propia de actuar con la diligencia debida, limitada del mismo modo que la relativa a los daños o la pérdida del cargamento. Además, la mayoría consideró que se debía aclarar esta disposición. Teniendo esto en cuenta, tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar el texto siguiente como sustitutivo del actual **párrafo 4) del artículo 57**:

> **"El porteador será responsable de toda pérdida o daño de las mercancías, así como de todo retraso en la entrega causado por su negligencia o la de cualesquiera de las personas a que se refiere el párrafo 3) del artículo 20 en el cumplimiento de las instrucciones de la parte controladora, y la responsabilidad se limitará con arreglo a lo dispuesto en los artículos 64 y 66."**

21. Por otra parte cabe señalar, con respecto al párrafo 1) del artículo 57, que la variante A se basa en el texto original del proyecto de instrumento, mientras que la variante B es resultado de una reformulación efectuada por la secretaría de la CNUDMI a petición del Grupo de Trabajo.

22. Los artículos 58, 59 y 60 no se abordaron en el seminario de Londres y, por lo demás, se había observado con anterioridad que no daban lugar a controversia.

D. Derecho del transporte: preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías

Ámbito de aplicación y autonomía contractual de las partes: información presentada por la delegación de Finlandia en el 15º período de sesiones

(A/CN.9/WG.III/WP.51) [Original: inglés]

Nota de la Secretaría

Durante el 15º período de sesiones del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte), que se celebró en Nueva York del 18 al 28 de abril de 2005, la delegación de Finlandia distribuyó oficiosamente el documento que se adjunta a la presente nota como anexo I, durante los debates sobre el ámbito de aplicación y la autonomía contractual de las partes en relación con el proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías. La delegación de Finlandia informó al Grupo de Trabajo que con ese texto y la recopilación de las opiniones y observaciones de diversas delegaciones en un único documento se había pretendido facilitar los debates en el Grupo de Trabajo sobre los temas del ámbito de aplicación y de la libertad contractual de las partes. Además de algunas observaciones individuales que recibió la delegación de Finlandia, enviaron observaciones, recogidas en el anexo, los siguientes países y las siguientes entidades: Australia, China, Dinamarca, Grecia, Italia, Japón, Noruega, Nueva Zelandia, Países Bajos, República de Corea, la Cámara Naviera Internacional, el Consejo Marítimo Internacional y del Báltico (BIMCO) y el Grupo Internacional de Asociaciones de Protección e Indemnización (P&I Clubs).

El documento que se adjunta en el anexo I se ha reproducido en la forma en que fue recibido por la Secretaría.

Anexo

12 de abril de 2005. "EL INFORME DE ABRIL DE 2005"
Profesor Hannu Honka

PROYECTO DE INSTRUMENTO DE LA CNUDMI: ÁMBITO DE APLICACIÓN Y AUTONOMÍA CONTRACTUAL DE LAS PARTES

INFORME BASADO EN LAS DELIBERACIONES Y EN LAS RESPUESTAS DADAS AL CUESTIONARIO OFICIOSO DE FECHA 24 DE ENERO DE 2005

1. Durante el 14º período de sesiones del Grupo de Trabajo III (Viena, 2004), en un grupo de redacción oficioso se examinaron determinadas sugerencias de redacción relativas a los tipos de operaciones que deberían entrar en el ámbito obligatorio de aplicación del proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías. Durante el 14º período de sesiones, el grupo de redacción oficioso propuso al Grupo de Trabajo una serie de nuevas disposiciones relativas al ámbito de aplicación del proyecto de instrumento. La propuesta fue denominada "Informe del pequeño grupo de redacción sobre el ámbito de aplicación". La CNUDMI ha reproducido subsiguientemente estas nuevas disposiciones en el documento A/CN.9/WG.III/WP.44 denominándolas "disposiciones relativas al ámbito de aplicación".

2. Estos proyectos de artículo no abordan la cuestión de los acuerdos de transporte marítimo por servicio de línea (OLSA) y, por consiguiente, tal como se indica en el documento A/CN.9/WG.III/WP.44, será preciso volver a examinarlos en función de lo que decida al respecto el Grupo de Trabajo. Además, es necesario reexaminar los proyectos de artículo 88 y 89 (A/CN.9/WG.III/WP.32).

3. Tras el 14º período de sesiones, la delegación de Finlandia envió a las demás delegaciones un cuestionario oficioso de fecha 24 de enero de 2005 con objeto de reunir más opiniones sobre las nuevas disposiciones propuestas durante el 14º período de sesiones y a fin de recibir más observaciones sobre la cuestión de los acuerdos de transporte marítimo por servicio de línea (OLSA) y sobre los proyectos de artículo 88 y 89. Se recibieron respuestas al cuestionario de los siguientes Estados: Australia, Dinamarca, Grecia, Italia, Noruega, Nueva Zelandia, Países Bajos y la República de Corea. También enviaron respuestas la Cámara Naviera Internacional, el BIMCO y el Grupo Internacional de Asociaciones (P&I Clubs). Asimismo, la UNCTAD envió observaciones. Además, se recibieron respuestas de Stuart Beare, que contó con la asistencia de su señoría Anthony Diamond QC, del Profesor Tomotaka Fujita (Japón) y de Si Yuzhuo (República Popular de China). Quisiera expresar mi gratitud por todas las observaciones constructivas que se han formulado en las respuestas.

4. A continuación se repiten en la *Parte I* las disposiciones que figuran en el documento A/CN.9/WG.III/WP.44. Debajo de cada disposición figura un resumen de las respuestas recibidas al cuestionario del 24 de enero de 2005. La cuestión de los OLSA se aborda en la *Parte II*, pero se presenta un nuevo enfoque y otra

propuesta sobre el modo de tratar esta cuestión en un contexto más amplio. Los artículos 88 y 89 se analizan en la *Parte III*.

5. En vista de las respuestas y de los contactos y debates oficiosos se ha considerado necesario formular una propuesta que dé un nuevo enfoque al tema de los OLSA en el que sean tratados como contratos por volumen de carga. Esta propuesta tiene la finalidad de servir de base para las deliberaciones del Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones de Nueva York. La propuesta figura en la *Parte IV*.

6. En el anexo se han omitido los comentarios que figuran, debajo de cada artículo sobre el ámbito de aplicación, en el documento A/CN.9/WG.III/WP.44.

PARTE I. ÁMBITO DE APLICACIÓN, PROYECTOS DE ARTÍCULO EN EL DOCUMENTO A/CN.9/WG.III/WP.44

7. **Artículo 1**

a) Por "contrato de transporte" se entenderá un contrato en virtud del cual un porteador se compromete, a cambio del pago de un flete, a transportar mercancías de un lugar a otro. Ese compromiso deberá prever el transporte de mercancías por mar, pero podrá también prever el transporte de esas mercancías por otros medios antes o después de su transporte por mar. [Se considerará como contrato de transporte todo contrato en el que se prevea la opción de transportar las mercancías por mar, siempre y cuando dichas mercancías se transporten efectivamente por mar.]

[(...) Por "servicio de línea" se entenderá un servicio de transporte marítimo que:

i) se pone a disposición del público en general mediante anuncios publicitarios o de otra manera; y

ii) se presta con regularidad entre determinados puertos conforme a un cierto horario o con fechas de partida anunciadas.]

[(...) Por "servicio no regular" se entenderá todo servicio de transporte marítimo que no sea un servicio de línea.]

8. En la mayoría de las respuestas recibidas se apoya el texto del apartado a) del artículo 1. No obstante, según una delegación, la definición de "contrato de transporte" es demasiado amplia, pues engloba las pólizas de fletamento por el viaje, por lo que esa delegación ha sugerido una referencia a la exclusión enunciada en el párrafo 1 del artículo 3. Además, el enunciado que se propone se considera más exacto, especialmente por hacer hincapié en la reciprocidad de las obligaciones del cargador y del porteador y por la utilización, en la segunda frase, de la palabra "contrato", en vez de "compromiso" (véase la *Parte IV,* artículo 1). Se ha estimado que el requisito de internacionalidad se ha perdido al haber dividido la disposición sobre el tramo marítimo en dos artículos (artículos 1 y 2). Se ha sugerido agregar la palabra "internacional" después de las palabras "transporte marítimo" (véase la *Parte IV*, artículo 1). Se han hecho por lo demás otras propuestas de redacción.

9. Sin embargo, la frase entre corchetes del apartado a) es controvertida. Los partidarios de que se mantenga ese texto suprimiendo los corchetes han argumentado, por ejemplo, que esa frase aclarará las palabras de la frase anterior "deberá prever el transporte... por mar". Por otra parte, se ha aducido que, de no incluirse en el texto la frase que figura entre corchetes, resultaría aplicable el derecho interno en dos supuestos: cuando el contrato previera opciones sobre el modo de transporte y cuando el contrato no dijera nada al respecto. La mayoría de las delegaciones apoyaron, en sus observaciones, el mantenimiento en el Instrumento del texto sin eliminar los corchetes.

10. Los partidarios de que se suprimiera todo el texto que figura entre corchetes han argumentado que esa frase, como mera interpretación de la parte anterior de la disposición, resultaba superflua. Así pues, el enunciado podía resultar confuso, ya que no habría de permitirse que cualquier transporte marítimo sirviera de criterio para la aplicación del Instrumento. En lugar de ello, cada convenio debería tener su propio contrato, a fin de evitar solapamientos con otros convenios.

11. En general, en las respuestas se ha estado de acuerdo, en principio, con las definiciones propuestas de "servicio de línea" y "servicio no regular", pero varias delegaciones han expresado la necesidad de que se aclaren y se especifiquen esas definiciones. Por ejemplo, se ha estimado que la definición debería ser más amplia que en el documento A/CN.9/WG.III/WP.44. También se han sugerido las expresiones "transporte por servicio de línea" y "comercio por servicio de línea". Asimismo se ha sugerido un texto perfeccionado de toda la definición (*Parte IV*, artículo 1, variantes 2 y 3). Ha habido alguna objeción en el sentido de que la definición no sería lo suficientemente precisa, habida cuenta del ámbito de aplicación del Instrumento. Según la delegación, podría haber un riesgo de confusión entre estas definiciones y el párrafo 2 del artículo 3.

12. Una delegación, en sus observaciones, se opone manifiestamente a que en el texto del apartado a) se incluyan las definiciones de "servicio de línea" y "servicio no regular". Esta opinión guarda relación con el enfoque adoptado en el artículo 3.

13. **Artículo 2**

1. A reserva de lo dispuesto en los artículos 3 a 5, el presente Instrumento será aplicable a todo contrato de transporte en el que el lugar de recepción [indicado en el contrato] y el lugar de entrega [indicado en el contrato] estén situados en Estados diferentes, y en el que el puerto de carga [indicado en el contrato] y el puerto de descarga [indicado en el contrato] estén situados en Estados diferentes, siempre que:

a) el lugar de recepción [indicado en el contrato] [o el puerto de carga [indicado en el contrato]] esté situado en un Estado Contratante, o

b) el lugar de entrega [indicado en el contrato] [o el puerto de descarga [indicado en el contrato]] esté situado en un Estado Contratante, o

c) [el lugar de entrega efectiva sea uno de los lugares de entrega posible [previstos en el contrato] y esté situado en un Estado Contratante, o]

d) en el contrato de transporte se estipule que dicho contrato se regirá por el presente Instrumento o por la ley de algún Estado que lo haya declarado aplicable. [Por lugar o puerto [indicado en el contrato] se entenderá todo lugar o puerto previsto en el contrato de transporte o en los datos del contrato.]

[2. El presente Instrumento será aplicable independientemente de la nacionalidad del buque, del porteador, de las partes ejecutantes, del cargador, del consignatario o de cualquier otra parte interesada.]

14. En la mayoría de las observaciones recibidas se apoya el requisito de que el tramo marítimo y el viaje en su conjunto sean internacionales, aunque una delegación opina que el actual enunciado que figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.44 no logra cumplir ese fin. También se ha sugerido que, a fin de que las partes puedan modificar oficiosamente el lugar de recepción o el lugar de entrega previstos en el acuerdo contractual, el Instrumento debería ser aplicable si el nuevo lugar se encuentra en un Estado Contratante. A este respecto, véase el enunciado del párrafo 1 del artículo 2 en la *Parte IV*. No obstante, entre las respuestas recibidas hay también delegaciones que consideran que para que el Instrumento sea aplicable debería bastar con que únicamente el viaje en su conjunto fuera internacional. Y también se ha expresado la opinión de que solo es preciso que sea internacional el tramo marítimo, dado que en la mayoría de tales casos el viaje en su conjunto sería también internacional y dado que el Instrumento es, por su naturaleza, principalmente de carácter marítimo.

15. En una observación se ha considerado que, en la versión inglesa, habría que agregar, antes de los términos “contracts of carriage”, la palabra “all”.

16. En las observaciones se ha aceptado en general la necesidad de que en el texto figure la palabra “contractual”, pero se ha puesto en duda de que tal palabra deba figurar en otras partes del artículo que no sean la parte introductoria o la última frase del párrafo 1. En alguna respuesta se ha considerado también que la palabra “contractual” no es necesaria en la referencia al lugar de recepción, pues no cabe concebir tal lugar sin que medie un acuerdo entre las partes. Asimismo, los términos “puerto de carga” y “puerto de descarga” podrían ser innecesarios al estar ya englobados en los conceptos de “lugar de recepción/entrega”. Se ha afirmado también que el apartado c) del párrafo 1 podría ser innecesario, habida de cuenta del apartado b) y que, por lo tanto, el apartado c) debería suprimirse. Según otro parecer, cabría agregar al texto “el lugar/puerto contractual de transbordo”, a fin de ampliar el ámbito de aplicación del Instrumento. Se ha expresado una reserva con respecto al apartado d) debido a la disposición que permite a las partes contratantes elegir las reglas procesales.

17. En muchas respuestas recibidas se ha considerado innecesario el párrafo 2, pero esta opinión no se ha sustentado con más argumentos. En apoyo del mantenimiento del párrafo 2 en el texto se ha hecho referencia al artículo X c) de las Reglas de La Haya-Visby, cuya finalidad es asegurar que cualquier Estado Contratante aplique las reglas en el marco de la legislación de todos los Estados contratantes, independientemente de la legislación propia. Además, es necesario mantener en el texto el párrafo 2 para dejar constancia de que no se ha pretendido introducir ningún cambio en relación con las Reglas de La Haya-Visby. En las observaciones en que aún se ha considerado pertinente una disposición de esa

índole, se ha sostenido que el párrafo 2 debe permanecer en el texto del Instrumento.

18. **Artículo 3**

1. El presente Instrumento no será aplicable:

a) a reserva de lo dispuesto en el artículo 5, a la póliza de fletamento, independientemente de que se esté utilizando o no dicha póliza en relación con un servicio de línea; y

b) a reserva de lo dispuesto en el artículo 4, ni al contrato negociado por volumen, ni a ningún contrato de fletamento o contratos análogos en los que se prevea el transporte futuro de mercancías por remesas sucesivas, independientemente de si dichos contratos se están utilizando o no en relación con un servicio de línea; y

c) a reserva de lo dispuesto en el párrafo 2, a otros contratos concernientes a servicios que no sean regulares o de línea.

2. El presente instrumento será aplicable a todo contrato de transporte concerniente a servicios que no sean regulares o de línea en virtud de los cuales el porteador emita un título de transporte o un documento electrónico que:

a) sirva de comprobante de que el porteador o una parte ejecutante ha recibido las mercancías; y

b) sirva de comprobante del contrato de transporte o contenga dicho contrato salvo en lo que respecta a la relación entre las partes en un contrato con póliza de fletamento o en un acuerdo análogo.

19. En las observaciones recibidas en relación con el párrafo 1 se ha expresado un claro apoyo al enfoque contractual y comercial y, en realidad, al enfoque documental (Pólizas de fletamento), aunque se hayan expresado ciertas reservas y haya divergencias sobre algunos detalles. En dos de las respuestas, las delegaciones se han opuesto al artículo 3 por considerar que el enfoque contractual bastaría para regular esas cuestiones.

20. En lo que respecta a las reservas formuladas sobre la redacción, una delegación, por ejemplo, ha propuesto una variante del apartado a) del párrafo 1 que dijera: "a la póliza de fletamento, aun cuando se esté utilizando dicha póliza en relación con un servicio de línea" (véase 3.1 a) en la *Parte IV*). También se ha considerado que bastaría con una referencia a las "pólizas de fletamento". No se ha sugerido ningún requisito de definición de la póliza de fletamento. No obstante, en una respuesta se ha dicho que todo contrato de transporte contiene un fletamento por viaje. Así pues, habría que mencionar expresamente y excluir los fletamentos por viaje.

21. En las observaciones recibidas se ha expresado cierto apoyo al texto actual del apartado b) del párrafo 1. Sin embargo, en algunas de ellas las delegaciones han considerado que el texto era problemático en lo relativo al significado de los "contratos por volumen de carga". En una de las respuestas, el concepto de "contrato de fletamento" se considera sinónimo al de "contrato por volumen de

carga". También se entiende que el "contrato de fletamento" guarda relación con los conocimientos de embarque y/o con las pólizas de fletamento. Se ha sostenido que los contratos por volumen de carga deberían definirse si los acuerdos de transporte marítimo por servicio de línea (OLSA) llegaran a formar parte de las disposiciones generales sobre el ámbito de aplicación, tal como debería ser. En unas respuestas se han considerado innecesarias, en el apartado b) del párrafo 1 las palabras "independientemente de si dichos contratos se están utilizando o no en relación con un servicio de línea".

22. Una delegación que contestó al cuestionario consideró problemática la frase expresada en forma negativa en el apartado c) del párrafo 1, por lo que habría que formular una definición de forma afirmativa (véase el artículo 1).

23. En otra respuesta se subraya que en una determinada forma de transporte podrían surgir problemas a la hora de decidir si el Instrumento es aplicable o no; esta forma de transporte es la de la carga para transbordo rodado en que las mercancías son muchas veces artículos voluminosos o especializados, como transformadores, calderas y grandes naves de recreo. Sin embargo, se ha reconocido que estas formas de transporte pueden entrar en el ámbito del artículo 89.

24. En la *Parte IV* se han tomado en consideración de un modo considerado razonablemente posible las sugerencias de redacción relativas a los apartados a) a c) del párrafo 1 del artículo 3.

25. En muchas respuestas recibidas se considera el párrafo 2 del artículo 3 aceptable, pues colma la "laguna" que podría producirse debido a las exclusiones enunciadas en el párrafo 1. En otras palabras, se acepta el párrafo 2 para que queden así englobados los supuestos que deben entrar en el ámbito de aplicación del Instrumento. Por otra parte, se ha afirmado que los artículos 3, 4 y 5 son excesivamente complejos y algo confusos. Por ejemplo, los textos del apartado b) del párrafo 1 del artículo 3 y del artículo 4 no resultan claros cuando se leen conjuntamente. También se ha dicho que el hecho de que el párrafo 2 del artículo 3 pretenda abarcar un determinado tipo de transporte común no resulta claro, especialmente fuera de los Estados Unidos de América. Así pues, se ha propuesto otra solución (véase, al final, en la *Parte IV*, la variante 2 para los artículos 3, 4 y 5). Por otra parte, una delegación que no es de los Estados Unidos de América ha expresado la opinión de que, por ejemplo, el puro transporte de automóviles entraría en el ámbito del párrafo 2 del artículo 3. Asimismo, en una respuesta se ha observado que el párrafo 2 del artículo 3 no tiene un significado independiente. Se considera el párrafo 2 del artículo 3 innecesario en caso de que se acepte un enfoque contractual, y no una combinación de un enfoque contractual y comercial (y documental).

26. **Artículo 4**

Si en un contrato se estipula el transporte futuro de mercancías por remesas sucesivas, el presente Instrumento será aplicable a cada remesa de conformidad con lo previsto en el artículo 2 y en los apartados a) y c) del párrafo 1 y en el párrafo 2 del artículo 3.

27. Conforme a lo enunciado en el artículo 4, los viajes realizados en el contexto de un contrato marco pueden o no entrar en el ámbito del Instrumento. Esta situación se ha aceptado en general en las observaciones recibidas, si bien se

han sugerido aclaraciones en el enunciado preciso, con un texto que diga, por ejemplo, "La aplicación del Instrumento a cada remesa se regirá por las disposiciones del artículo 2, del apartado a) del párrafo 1 del artículo 3", etc.

28. No obstante, convendría añadir que si se definen los contratos por volumen de carga y los acuerdos de transporte marítimo por servicio de línea (OLSA) pasan a formar parte de los contratos por volumen de carga, será preciso redactar de otro modo el artículo 4.

29. **Artículo 5**

Si un título de transporte o un documento electrónico se expiden a raíz de un contrato de fletamento o de un contrato previsto en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 3, dicho título de transporte o documento electrónico deberá regirse por las disposiciones del presente Instrumento y estas serán aplicables al contrato consignado en dicho título o documento a partir del momento en que ese título o documento sea aplicable a las relaciones entre el porteador y la persona que goce de algún derecho nacido del contrato de transporte, siempre y cuando esa persona no sea un fletador ni sea parte en un contrato previsto en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 3.

30. Entre las observaciones recibidas hay consenso sobre la necesidad de proteger al tercero (no al fletador o a la parte en el contrato en virtud del apartado c) del párrafo 1 del artículo 3) mediante las disposiciones imperativas del Instrumento incluso cuando este no sea aplicable debido a las disposiciones de exclusión relativas al contrato originario y a las partes contratantes originarias.

31. Sigue habiendo criterios dispares sobre la forma en que debería regularse esa protección. En la mayoría de las respuestas se ha aceptado el enunciado que figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.44, pero en otras se ha considerado insatisfactorio. Por ejemplo, la referencia al factor temporal ("... a partir del momento ...") se ha considerado que no sería aceptable para un documento no negociable. Asimismo, se han considerado demasiado vagas las palabras "persona que goce de algún derecho ...", así como la referencia a "parte en un contrato ...". Se ha sugerido también que se suprima el requisito temporal por estimarse innecesario, resultando entonces aceptable el enunciado. Según una opinión, son superfluas las palabras "dicho título de transporte o documento electrónico deberá regirse por las disposiciones del presente Instrumento". Además, se ha considerado que, al hablar del tercero, habría que especificar que se trata de los consignadores, los consignatarios, las partes controladoras, los tenedores y las personas a las que se hace referencia en el artículo 31.

32. Estas opiniones expresadas se han reexaminado en el artículo 5 de la *Parte IV* de la variante del documento.

33. Durante el 14º período de sesiones del Grupo de Trabajo celebrado en Viena en 2004, se examinó la opción de que no se impusiera el requisito de un documento de transporte o de un documento electrónico para que fuera imperativa la protección del tercero, pero dicha opción no obtuvo un claro apoyo mayoritario. Por consiguiente, se incluyó el artículo 5 en la propuesta que se repite en el documento A/CN.9/WG.III/WP.44. En una de las respuestas se ha propuesto otra

opción conforme a la cual la protección del tercero habría de consistir en especificar quién es el tercero, y no en enunciar el requisito de un documento de transporte o de un documento electrónico. Esta opción sin el requisito del documento de transporte ni del documento electrónico se mantendrá en la variante sin documento (véase el artículo 5 en la *Parte IV*).

PARTE II. LA CUESTIÓN DE LOS ACUERDOS DE TRANSPORTE MARÍTIMO POR SERVICIO DE LÍNEA (OLSA)

34. El texto de la disposición relativa a los OLSA figura en la propuesta de los Estados Unidos de América y viene enunciada en el documento A/CN.9/WG.III/WP.42.

35. En la mayoría de las respuestas recibidas se apoya con cautela la introducción en el Instrumento de una disposición que de algún modo regule los OLSA. No obstante, se pone de relieve que las disposiciones del Instrumento deberían evitar que se cometieran abusos celebrándose contratos de tipo OLSA cuyo resultado fuera que el Instrumento no fuera imperativo entre las partes contratantes inmediatas. Según una de las opiniones, una parte sustancial de un determinado comercio podría basarse en acuerdos de servicios. Un enfoque no imperativo no plantearía ningún problema entre partes que tuvieran un idéntico poder negociador, pero constituiría un problema para los pequeños cargadores. Según esa opinión, de ser aceptado un enfoque como el enunciado en el documento A/CN.9/WG.III/WP.34, los pequeños cargadores no estarían debidamente protegidos. En general, las disposiciones sobre el ámbito de aplicación están estrechamente vinculadas a las disposiciones sustantivas.

36. En la mayoría de las respuestas recibidas se apoyó la introducción en el Instrumento de una única disposición para los OLSA, pero también ha habido opiniones según las cuales los OLSA son en realidad contratos por volumen de carga que, por consiguiente, deberían regularse en el marco de las disposiciones generales sobre el ámbito de aplicación. Este último enfoque supondrá cambios en la redacción del texto que figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.44. El enunciado que figura en dicho documento se reexamina más adelante en la *Parte IV*.

37. Se acepta en general la definición de los OLSA que figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.42, pero hay opiniones según las cuales ciertos aspectos de la definición no son todavía lo suficientemente claros (se ha hecho referencia a las palabras “que por lo demás no sean requisitos imperativos en el presente Instrumento”).

38. En las observaciones recibidas se han expresado reservas sobre el consentimiento de terceros. También se ha indicado que una definición de los OLSA simplemente no resulta aceptable, y que la cuestión debería abordarse sobre la base de un contrato por volumen de carga. Además, una vez omitida la opción de una única disposición y una vez que los OLSA formen parte de las disposiciones enmendadas sobre los contratos por volumen de carga, la cuestión de una definición precisa perderá probablemente su pertinencia.

39. En las observaciones recibidas se acepta que una disposición única sobre los OLSA tendrá un efecto prevaleciente sobre las disposiciones más generales relativas a los contratos por volumen de carga. Sin embargo, se subraya que, en caso de que surgiera tal conflicto, quedaría demostrado que la disposición está mal redactada.

40. Debería coordinarse la postura de los terceros, de modo que el artículo 5 del documento A/CN.9/WG.III/WP.44 y la disposición concreta sobre los OLSA relativa a la posición del tercero coincidieran (salvo cuando hubiera consentimiento de un tercero, tal como se enuncia en el documento A/CN.9/WG.III/WP.42).

PARTE III. ARTÍCULOS 88 Y 89 (SEGÚN LA NUMERACIÓN DEL DOCUMENTO A/CN.9/WG.III/WP.32)

41. Las delegaciones discrepan en sus observaciones sobre el lugar de inserción técnica de los artículos 88 y 89 en el texto del Instrumento. En algunas respuestas se apoya la idea de trasladar esos artículos a las disposiciones sobre el ámbito de aplicación; otras consideran que están insertadas en el lugar adecuado en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32; y otras no otorgan especial importancia a esta cuestión.

42. En la mayoría de las observaciones se ha apoyado el carácter imperativo del artículo 88 en un solo sentido, pero en algunas respuestas también se ha respaldado la idea de que el artículo sea imperativo en los dos sentidos.

43. Según una de las respuestas, en caso de adoptarse el enfoque en un único sentido, habría que procurar que, de concertarse un aumento de la responsabilidad de una parte, no decreciera el carácter imperativo de la responsabilidad de la otra parte. Según una opinión, la redacción del artículo 88 no es satisfactoria (véase otra propuesta en la variante 2 del artículo 88, en la *Parte IV*).

44. El argumento a favor del enfoque imperativo en los dos sentidos radica en que la situación del mercado ha cambiado radicalmente desde que se aprobaron las Reglas de La Haya y las Reglas de La Haya-Visby. Se argumenta que actualmente los cargadores tienen idéntico poder comercial que los porteadores para influir en los arreglos de transporte y, a veces, incluso tienen una mayor influencia que los porteadores.

45. En la *Parte IV* se han mantenido los dos pareceres colocándolos entre corchetes, tal como figura en el artículo 88 en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32.

46. En muchas de las respuestas no se ha abordado en absoluto la especificación de la responsabilidad de qué parte puede ser incrementada, pero, según una sugerencia, no debería incrementarse la responsabilidad de una parte ejecutante como en el párrafo 2 (A/CN.9/WG.III/WP.32). Se ha hecho también un comentario en el sentido de que el artículo 88 no debería englobar a las partes ejecutantes no marítimas (véase el artículo 88 en la *Parte IV*). También se ha afirmado que no solo debería regularse la modificación de la responsabilidad del porteador sino también su obligación. Se ha argumentado que el párrafo 1 del artículo 88 no debería hacer referencia al cargador, a la parte controladora ni al consignatario. Para esas personas, el carácter imperativo del Instrumento debería puntualizarse artículo por artículo. Según una opinión, el párrafo 2 del artículo 88 es innecesario.

47. En las observaciones recibidas el artículo 89, enunciado en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32, se ha considerado en general aceptable, aunque se han sugerido algunos cambios. Según una opinión, el texto actual es sencillamente irrazonable y, en lo que respecta a los animales vivos, resulta más aceptable el artículo 5.5 de las Reglas de Hamburgo; además, según esa opinión, la disposición sobre cargas especiales debería especificarse y trasladarse al "ámbito de aplicación". La excepción a la exclusión de responsabilidad cuando la pérdida de las mercancías o los daños sufridos por ellas se deba a un acto de negligencia temeraria debería trasladarse a la parte introductoria del artículo, de modo que fuera aplicable tanto a los animales vivos como a las mercancías especiales. Asimismo, en una de las respuestas se ha expresado preferencia por las exclusiones más amplias que se permiten en las Reglas de La Haya-Visby.

PARTE IV. TEXTO PROPUESTO COMO BASE PARA ULTERIORES DELIBERACIONES

48. En las respuestas recibidas no ha habido consenso debido a una serie de cuestiones relativas al ámbito de aplicación y a la autonomía contractual de las partes. Sin embargo, las divergencias sobre muchos puntos son más de forma que de fondo. A fin de desarrollar esos puntos se presenta una propuesta a continuación. Su finalidad es que sirva de base para las deliberaciones que mantenga el Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones.

49. En la propuesta que figura a continuación, las diferencias con los proyectos de artículo que figuran en el documento A/CN.9/WG.III/WP.44 sobre el ámbito de aplicación se han señalado en cursiva. Se proponen distintas variantes sobre la base de los debates y de las respuestas recibidas al cuestionario, que constituyen propuestas constructivas. Únicamente se han agregado observaciones suplementarias. No se repiten las observaciones que figuran en el documento A/CN.9/WG.III/WP.44.

50. **Artículo 1**

a) Por "contrato de transporte" se entenderá un contrato en virtud del cual un porteador, [*previa promesa de*] previo pago de un flete, se compromete a transportar mercancías de un lugar a otro. Ese [compromiso] [*contrato*] deberá prever el transporte [*internacional*] por mar, pero podrá también prever el transporte de esas mercancías por otros medios antes o después de su transporte por mar. [Todo contrato que prevea la opción de transportar las mercancías por mar se considerará un contrato de transporte, siempre y cuando las mercancías se transporten efectivamente por vía marítima.]

x) Por "contrato por volumen de carga" se entenderá un contrato que prevé el transporte de una carga [mínima] especificada [por mar] en una serie de remesas durante un período convenido.

51. Observación: en el apartado a) del párrafo 1 se han formulado algunas variantes que se basan en parte en las respuestas recibidas. A fin de evitar confusión en el artículo 3, enunciado en el documento A/CN.9/WG.III/WP.44 acerca de las referencias a distintos tipos de contratos, y a fin de dar cabida a los contratos por servicios (OLSA) en las disposiciones generales sobre el ámbito de aplicación, se ha

estimado necesario agregar al artículo 1 una definición de los "contratos por volumen de carga". Con esta definición se dará claridad al artículo 3.

52. **Variante 1 - A/CN.9/WG.III/WP.44:**

xx) Por "servicio de línea" se entenderá un servicio de transporte marítimo, que

i) se pone a disposición del público en general mediante anuncios publicitarios o de otra manera; y

ii) se presta con regularidad entre determinados puertos conforme a un cierto horario o con fechas de partida anunciadas.

[xxx) Por "servicio no regular" se entenderá todo servicio de transporte marítimo que no sea un servicio de línea.]

Variante 2:

xx) Por "servicio de línea" se entenderá un servicio de transporte regido por el Instrumento, que

i) se ofrece al público en general mediante anuncios publicitarios o de otra manera; y que

ii) incluye el transporte mediante buques que navegan con un horario regular entre puertos especificados conforme a horarios de fechas de partida públicamente anunciados

xxx) Por "servicio no regular" se entenderá todo servicio de transporte que no sea un servicio de línea.

Variante 3:

xx) Por "servicio de línea" se entenderá todo servicio de transporte que se rija por el presente Instrumento, que

i) se ponga a disposición del público mediante anuncios publicitarios; y que

ii) se ofrezca en fechas regulares entre puertos especificados conforme a horarios o fechas de partida anunciadas.

53. Observación: debido al enfoque comercial, ha resultado necesario plantearse definiciones de "servicio de línea" ("comercio por servicio de línea", "transporte por servicio de línea"). En las variantes 2 y 3 se repiten las propuestas de redacción formuladas en las respuestas o se expresan de otro modo. Tal vez no resulte necesario definir los servicios no regulares. De suprimirse esa definición, habría que efectuar ciertos ajustes de redacción, al menos en el artículo 3.

54. **Artículo 2**

1. A reserva de lo dispuesto en los artículos 3 a 5, el presente Instrumento será aplicable a [*todos*] los contratos de transporte en los que el lugar [contractual] de recepción y el lugar [contractual] de entrega estén situados en Estados diferentes y en los que el puerto [contractual] de

carga y el puerto [contractual] de descarga estén situados en Estados diferentes, cuando

a) el lugar [contractual] de recepción [o el puerto [contractual] de carga] esté situado en un Estado Contratante, o

b) el lugar [contractual] de entrega [o el puerto [contractual] de descarga] esté situado en un Estado Contratante, o

c) [el lugar de entrega efectiva sea uno de los lugares optativos de entrega [en virtud del contrato] y esté situado en un Estado Contratante, o]

d) el contrato de transporte estipule que el presente Instrumento, o el derecho interno de todo Estado que le dé efecto, se rija por el contrato. [Las referencias a los lugares y puertos [contractuales] se entenderán como los lugares y puertos previstos en el contrato de transporte o en los datos del contrato.] [*Las referencias a los lugares y puertos contractuales se entenderán como los lugares y puertos previstos en el contrato de transporte o en los datos del contrato o que, si no, se hayan convenido entre las partes en el contrato*.]

2. El presente Instrumento será aplicable independientemente de la nacionalidad del buque, del porteador, de las partes ejecutantes, del cargador, del consignatario o de cualquier otra parte interesada.

55. Observación: La sustitución de "todo" por "todos los" se basa en una propuesta hecha para la versión inglesa y se incluye en el presente texto con el fin de comprobar si esa enmienda recibe apoyo. La variante que figura en cursiva al final del párrafo 1 se basa en una de las respuestas recibidas y tiene la finalidad de abarcar todo cambio que las partes acuerden subsiguientemente respecto de los lugares y puertos inicialmente convenidos. Se han suprimido los corchetes en el párrafo 2 y, por consiguiente, su texto será incluido en el Instrumento.

56. **Variante 1 para los artículos 3, 4 y 5:**

Artículo 3

1. El presente Instrumento no será aplicable:

a) a reserva de lo dispuesto en el artículo 5, a la póliza de fletamento, [*aunque se esté utilizando dicha póliza en relación con un servicio de línea*] [*a los acuerdos entre propietarios o explotadores de buques respecto de la utilización de una parte o de la totalidad del buque*];

b) a reserva de lo dispuesto en los artículos 4 y 5, a los contratos por volumen de carga; o

c) a reserva de lo dispuesto en el párrafo 2, a otros contratos [con servicios que no sean regulares o de línea] [*cuando no se hayan concebido para servicios de línea*].

2. [*No obstante lo dispuesto en el párrafo 1 c),*] [E] el presente Instrumento será aplicable a todo contrato de transporte [con servicios que no sean regulares o de línea] [*cuando no se hayan concebido para*

***servicios de línea*]** **en virtud del cual el porteador emita un título de transporte o un documento electrónico que:**

a) dé fe de que el porteador o una parte ejecutante ha recibido las mercancías; y

b) dé fe del contrato de transporte o contenga dicho contrato, salvo en lo que respecta a la relación entre las partes en una póliza de fletamento o en un acuerdo análogo.

57. Véase la variante 2 para los artículos 3, 4 y 5 después del artículo 89, en el párrafo 85 *infra*.

58. Observación: Se ha mantenido la estructura del artículo que figuraba en el documento A/CN.9/WG.III/WP.44, pero, con miras a incluir los contratos de servicios en las disposiciones generales sobre el ámbito de aplicación y a fin de eliminar conceptos confusos, como los de "contratos de fletamento" y "contratos análogos", se ha intentado aclarar más su texto. En el apartado a) del párrafo 1 se ha introducido una referencia a las pólizas de fletamento con un nuevo texto relativo a las especificaciones. Se ha sugerido que las palabras que figuraban entre corchetes representaran un complemento, pero las referencias a los propietarios y explotadores podría resultar confusa, dado que dichos conceptos no se entienden necesariamente del mismo modo en toda la comunidad internacional.

59. Debido a la definición de los contratos por volumen de carga en el artículo 1, huelga hacer otras referencias en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 3.

60. En caso de suprimirse la definición de "servicio no regular" por estimarse innecesaria, podría haber que ajustar los textos del apartado c) del párrafo 1 y del párrafo 2.

61. El párrafo 2 del artículo 3 es importante en la relación entre el cargador y el porteador, pues la protección imperativa de los terceros se plantea de todos modos en el artículo 5. Se han expresado reservas acerca de la relación entre los párrafos 1 y 2 del artículo 3. Por consiguiente, se ha procurado aclarar el texto introduciendo en el párrafo 2 una excepción relativa al apartado c) del párrafo 1. La referencia que figura al final del párrafo 2 del artículo 3 figura entre corchetes en el documento A/CN.9/WG.III/WP.44, pero cabría suprimir los corchetes y retener el texto. Así quedaría claro que el párrafo 2 no reintroduce la aplicación del Instrumento en los casos en que su aplicación está originalmente excluida entre las partes contratantes originarias. Tal vez habría que especificar el concepto de "acuerdo análogo".

62. **Variante A:**

Artículo 4 (con miras a la inclusión de los contratos por volumen de carga/contratos de servicios)

1. A reserva de lo dispuesto en el artículo 88 a), el presente Instrumento será aplicable a cada remesa de un contrato por volumen de carga de conformidad con las reglas enunciadas en el artículo 2, en los apartados a) y c) del párrafo 1 del artículo 3, en el párrafo 2 del artículo 3 y en el artículo 5.

2. A reserva de lo dispuesto en el artículo 88 a) y no obstante lo enunciado en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 3, el presente instrumento será aplicable a todo contrato por volumen de carga en la medida en que sea aplicable a cada una de las remesas que formen parte de dicho contrato por volumen de carga.

Variante B:

Artículo 4 (con miras a la inclusión de los contratos por volumen de carga/contratos de servicios) [A reserva de lo dispuesto en el artículo 88 a),] [E] el presente Instrumento será aplicable a los contratos por volumen de carga ejecutados por servicios de línea en la medida en que cada una de las remesas de los contratos esté sujeta al presente Instrumento, de conformidad con el artículo 2.

Variante C:

Artículo 4 (con miras a la inclusión de los contratos por volumen de carga/contratos de servicios) [1.] [A reserva de lo dispuesto en el artículo 88 a),] [S] si un contrato por volumen de carga rige las distintas remesas transportadas [únicamente] por servicios de línea, el presente Instrumento será aplicable al contrato por volumen de carga y a cada una de las distintas remesas enviadas por servicios de línea con arreglo al contrato por volumen de carga [de conformidad con el artículo 2].

[2. Si un contrato prevé el futuro transporte de mercancías en diversas remesas, y siempre y cuando ninguna de dichas remesas esté sujeta al párrafo 1, el presente Instrumento será aplicable a cada una de las remesas de conformidad con las reglas enunciadas en el artículo 2, en los apartados a) y c) del párrafo 1 del artículo 3 y en el párrafo 2 del artículo 3.]

Comentario sobre las variantes A, B y C:

Antecedentes

63. En las deliberaciones oficiales y oficiosas mantenidas hasta la fecha y en la reglamentación del tema de los contratos de servicios, ha resultado evidente que tanto la coordinación de una única disposición sobre los OLSA con el resto de las disposiciones sobre el ámbito de aplicación, como la definición de los propios OLSA, plantean problemas. A pesar de que se vea con buenos ojos la introducción de una única disposición sobre los OLSA, parece ahora una mejor opción aceptar el hecho de que un OLSA no es en realidad más que un tipo de contrato por volumen de carga que debería regularse en el contexto de las disposiciones generales sobre el ámbito de aplicación. Los contratos por volumen de carga se definen en el artículo 1. Los contratos por volumen de carga están excluidos del Instrumento en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 3 en lo que al contrato marco se refiere, pero están sujetos al artículo 4.

Variante A

64. En vez de definir la situación jurídica del contrato marco en el comercio de línea, el párrafo 1 del artículo 4 define inicialmente en qué casos las distintas remesas entran en el ámbito del Instrumento y en qué casos no. En las referencias debería aclararse que la posición de las distintas remesas depende de si se transportan por servicios de línea, por contratos de fletamento, etc. Conforme al párrafo 2, la situación jurídica del contrato marco depende de la posición de cada una de las remesas. Así, si las diversas remesas entran en el ámbito del Instrumento, el contrato marco también se regirá por él.

Variante B

65. La variante B se ha propuesto durante los debates de preparación para Nueva York. En esta variante se ha intentado simplificar la redacción, aunque manteniendo la misma idea estructural que en las variantes A y C.

Variante C

66. El párrafo 1 del artículo 4 constituye la primera parte de la disposición relativa a los contratos por volumen de carga. Dado que la regla general está incluida en el párrafo 1 del artículo 3 pero está sujeta al artículo 4, existe la posibilidad de especificar en el párrafo 1 del artículo 4 la posición de los contratos por volumen de carga que vayan a ejecutarse por servicios de línea. Podría ser necesario aclarar la aplicación por remisión al artículo 2 del mismo modo que en la variante B. La referencia a los servicios de línea para los contratos marco por volumen de carga constituye la clave de la variante C, mientras que en la variante A la posición de las diversas remesas está en función de la postura que se adopte sobre el contrato marco por volumen de carga.

67. Cabe señalar que el párrafo 2 del artículo 4 de la variante C, que ya figuraba en la anterior versión del Instrumento en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32, se ha extraído del párrafo 4 del artículo 2 de las Reglas de Hamburgo, si bien en las Reglas de Hamburgo se hace también referencia a “un período convenido”, lo cual no es el caso en el Instrumento.

68. Con la palabra “únicamente”, en el párrafo 1 del artículo 4, se ha querido indicar la posible necesidad de excluir del instrumento contratos marco por volumen de carga que sean mixtos, es decir, en que las diversas remesas se facturen por servicios de línea o se basen en fletamentos por viaje, etc. Este problema tal vez sea puramente teórico. Si ese contrato marco mixto no plantea problemas, podría ser que el párrafo 2 del artículo 4 no resulte necesario en la variante C.

El alcance no imperativo del artículo 4

69. El artículo 88 a) hace excepción, habida cuenta del artículo 4, del carácter imperativo del Instrumento que se especifica en el artículo 88. El artículo 88 a) dispone que el Instrumento no es imperativo en el caso de remesas que entren en el ámbito del Instrumento y que sean transportadas en virtud de un contrato por volumen de carga, siempre y cuando se cumplan los requisitos enunciados en el artículo 88 a). En el Instrumento, el contrato marco por volumen de carga tampoco es imperativo.

70. Algunas disposiciones del Instrumento revisten una importancia tan fundamental que no pueden hacerse excepciones a ellas, aun cuando el artículo 88 a) sea, como tal, aplicable. De ser así, la obligación de asegurar las buenas condiciones de navegabilidad que tiene el porteador y muchas de las obligaciones del cargador podrían ser imperativas, aun cuando el artículo 88 a) fuera por lo demás aplicable. Habría que examinar con mayor detenimiento esas disposiciones tan absolutamente imperativas.

71. **Artículo 5. La variante documental**

Si un título de transporte o un documento electrónico se expide a raíz de un contrato de fletamento o de un contrato previsto en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 3, [dicho título de transporte o dicho documento electrónico deberá regirse por las disposiciones del presente Instrumento y estas] las disposiciones del Instrumento serán aplicables al contrato consignado en dicho título o documento [a partir del momento en que ese título o documento sea aplicable a] [*en*] las relaciones entre el porteador y [la persona que goce de algún derecho nacido del contrato de transporte] [*el consignador, el consignatario, la parte controladora, el tenedor o la persona a la que se hace referencia en el artículo 31*], siempre y cuando esa persona no sea [un] [*el*] fletador ni sea parte en un contrato previsto en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 3.

72. Observación: Los corchetes tienen por objeto indicar los puntos críticos que se mencionan en las respuestas al cuestionario, es decir, el factor temporal y las personas objeto de protección, así como ofrecer también una aclaración detallada.

73. **Artículo 5. La variante no documental**

No obstante lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 3, las disposiciones del presente Instrumento serán aplicables entre el porteador y el consignador, el consignatario, la parte controladora, el tenedor, la persona a la que se hace referencia en el artículo 31 o la parte notificante, siempre y cuando esas últimas personas no sean el cargador o no hayan consentido de otro modo en los términos de un contrato con arreglo al párrafo 1 del artículo 3.

74. Observación: Esta es la variante que se examinó durante el 14º período de sesiones del Grupo de Trabajo, celebrado en Viena, y a la que se hace referencia en una de las respuestas al cuestionario oficioso del 24 de enero de 2005.

75. **Variante 1 (artículo 88)**

Artículo 88

1. Salvo que el presente Instrumento disponga otra cosa, toda estipulación contractual que se aparte del régimen del presente Instrumento será nula y sin efecto, siempre y cuando, y en la medida en que dicha estipulación esté destinada o surta el efecto de excluir, [o] limitar [, o incrementar] la responsabilidad por el incumplimiento de cualquier obligación del porteador o de una parte ejecutante [*marítima*] [, del cargador, de la parte controladora o del consignatario, con arreglo al régimen del presente Instrumento].

[2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, el porteador o una parte ejecutante *[marítima]* podrá aumentar la responsabilidad y las obligaciones que le incumben con arreglo al presente Instrumento.]

3. Será nula y sin efecto cualquier estipulación por la que se ceda un beneficio del seguro de las mercancías al porteador.

76. Observación: En las respuestas recibidas al cuestionario se ha registrado una mayoría, aunque no unánime, para que el Instrumento incluya un régimen imperativo en un sentido de modo que sea contractualmente aceptable incrementar la responsabilidad de cualquiera de las personas mencionadas en el párrafo 1 del artículo 88. El régimen imperativo en dos sentidos ha recibido, en las respuestas, cierto apoyo. Se han colocado entre corchetes las personas sujetas al artículo 88. También se ha propuesto la aclaración de especificar "parte ejecutante *marítima*".

77. **Variante 2 (artículo 88)**

Artículo 88

Salvo que el presente Instrumento disponga otra cosa, será nula y sin efecto toda estipulación contractual que:

a) reduzca directa o indirectamente las obligaciones o responsabilidades que el porteador o la parte ejecutante marítima debe asumir en virtud del presente Instrumento o que, directa o indirectamente, exima a tales personas de tales obligaciones o responsabilidades; o que

b) incremente directa o indirectamente las obligaciones o responsabilidades que los propietarios de la carga deben asumir en virtud del presente Instrumento; o que

c) ceda un beneficio del seguro de las mercancías al porteador o a una parte ejecutante. Los "propietarios de la carga" mencionados en el párrafo anterior se entenderán referidos al cargador, al consignador, a la parte controladora, al tenedor de un documento de transporte y al consignatario.

78. Observación: En la variante 2 se repite una propuesta formulada en una de las respuestas.

79. **Artículo 88 a)**

1. No obstante lo dispuesto en el artículo 88, todo contrato por volumen de carga que esté sujeto al régimen del presente Instrumento en virtud de los párrafos [1] y [2] del artículo 4 podrá prever deberes, derechos, obligaciones y responsabilidades superiores o inferiores a las enunciadas en el presente Instrumento, siempre y cuando:

a) el contrato sea [mutuamente negociado y] concertado por escrito o por medios electrónicos;

b) el contrato obligue al porteador a ejecutar un determinado servicio de transporte;

c) toda disposición del contrato por volumen de carga que prevea deberes, derechos, obligaciones y responsabilidades superiores o inferiores figure enunciada en el contrato y no pueda ser incorporada por remisión de algún otro documento; y

d) el contrato no sea [una lista pública de precios y servicios del porteador,] un conocimiento de embarque, un documento de transporte, un documento electrónico, o un recibo del propietario de la carga o un documento análogo, pero se podrán incorporar por remisión al contrato tales documentos como elementos del contrato. Este derecho a hacer excepción será aplicable a las distintas remesas de un contrato por volumen de carga y al contrato por volumen de carga en la medida en que estén sujetos al presente Instrumento en virtud del artículo 4.

2. El párrafo 1 no será aplicable a los deberes, derechos, obligaciones y responsabilidades dimanantes de los artículos [13, 25, 26, 27, ...].

3. El párrafo 1 será aplicable entre el porteador y el cargador y englobará a todo tercero que haya consentido expresamente en quedar vinculado por el contrato por volumen de carga en virtud de los párrafos [1] y [2] del artículo 4 o por cualquier otro contrato (o por cualquier estipulación del mismo) que prevea una remesa separada con arreglo a los párrafos [1] y [2] del artículo 4.

80. El artículo 88 a) es una disposición que hace excepción al régimen del Instrumento. Se aplica al contrato marco por volumen de carga y a las distintas remesas que se envíen con arreglo a dicho contrato, tal como se específica en el artículo 4. El párrafo 1 del artículo 88 a) regula los requisitos que deben cumplirse para que la excepción sea aceptable. Existen también disposiciones que establecen que no puede hacerse excepción a determinadas obligaciones y responsabilidades reguladas en el Instrumento. Se plantean algunas cuestiones de fondo en lo relativo a los apartados a) y d) del párrafo 1 del artículo 88 a), que se indican mediante corchetes.

81. Deberá especificarse cuáles son las disposiciones absolutamente imperativas que se enuncien en el párrafo 2 del artículo 88 a).

82. La posición de los terceros se regirá por el artículo 5, a menos que un tercero haya dado su consentimiento conforme al párrafo 3 del artículo 88 a).

83. **Artículo 89**

No obstante lo dispuesto en los capítulos 4 y 5 del presente Instrumento, tanto el porteador como cualquier parte ejecutante podrán, conforme a lo estipulado en el contrato de transporte:

a) excluir o limitar su responsabilidad si las mercancías son animales vivos, salvo que se pruebe que la pérdida, daño o demora resultó de un acto u omisión del porteador [o de sus empleados o agentes] efectuado con negligencia temeraria y a sabiendas de que se ocasionaría probablemente dicha pérdida, dicho daño o dicha demora, o

b) excluir o limitar su responsabilidad por la pérdida o daños de las mercancías si la índole o la condición de las mercancías o las circunstancias y las condiciones en las que se haya de efectuar el

transporte son tales que justifiquen razonablemente la concertación de un acuerdo especial, siempre y cuando dicho acuerdo no concierna a remesas comerciales ordinarias expedidas en el curso normal de un negocio y siempre que no se emita título de transporte negociable alguno ni ningún documento electrónico negociable para el transporte de las mercancías.

84. Observación: se han efectuado ciertos ajustes en algunas de las respuestas. Según una de ellas, la referencia a la negligencia temeraria no debería aplicarse a los empleados o agentes del porteador sino únicamente a este. También se ha propuesto trasladar la referencia a la negligencia temeraria, que figura en el párrafo a), a la parte introductoria, de modo que englobe tanto el párrafo a) como el párrafo b).

85. **Variante 2 de los artículos 3, 4 y 5:**

Artículo 3

A reserva de lo dispuesto en los artículos 4 y 5, el presente Instrumento no será aplicable para regir las relaciones entre las partes en ninguno de los siguientes tipos de contrato, independientemente de que se ejecuten o no por servicios de línea:

a) las pólizas de fletamento;

b) los contratos para la utilización o el empleo de un buque o buques o de espacio a bordo de dichos buques;

c) los contratos para el transporte futuro de mercancías en diversas remesas.

86. Observación: Esta variante 2 del artículo 3, que se formula en una de las respuestas recibidas, pretende simplificar y aclarar el texto. Se evita hablar de "contratos por volumen de carga" y de "contratos de fletamento". Como tales, los contratos por volumen de carga quedarían excluidos en virtud del párrafo c) del artículo 3, los fletamentos de plazas de contenedores quedarían excluidos por los párrafos a) o b) del artículo 3 y los contratos de remolque y de cargas pesadas, por el párrafo b). La parte OLSA de los contratos por volumen de carga quedaría reintroducida en el ámbito del Instrumento mediante una referencia separada.

87. **Artículo 4**

Si el porteador emite un documento de transporte o un documento electrónico de conformidad o en relación con cualquiera de los tipos de contrato mencionados en el artículo 3, y si ese documento de transporte o ese documento electrónico

a) deja constancia de que el porteador o una parte ejecutante han recibido las mercancías; y

b) deja constancia de las cláusulas del contrato de transporte o las contiene

tal documento de transporte o tal documento electrónico cumplirán con lo dispuesto en el presente Instrumento y las disposiciones de este serán aplicables al contrato salvo en el caso de que, en lo que se refiere a las

relaciones entre las partes en cualquiera de los tipos de contrato mencionados en el artículo 3, el Instrumento sea únicamente aplicable cuando se ajuste a las estipulaciones convenidas en el contrato y, de no ser así, prevalecerán las estipulaciones convenidas en tal contrato conforme a lo dispuesto en el artículo 3.

Artículo 5

Si el porteador emite un documento de transporte o un documento electrónico de conformidad o en relación con cualquiera de los tipos de contrato mencionados en el artículo 3, y si dicho documento de transporte o dicho documento electrónico cumple los requisitos enunciados en los apartados a) y b) del artículo 4, ese documento de transporte o ese documento electrónico cumplirán con lo dispuesto en el presente Instrumento y las disposiciones de este se aplicarán al contrato consignado o evidenciado por el documento de transporte o el documento electrónico (no obstante las estipulaciones de dicho contrato conforme se mencionan en el artículo 3) a partir del momento en que regule la relación entre el porteador y cualquier persona que no sea parte en dicho contrato.

88. Observación sobre los artículos 4 y 5 de esta variante 2: Conforme a una respuesta dada al cuestionario, los artículos 4 y 5 de esta variante 2 pretenden hacer una distinción entre el supuesto en que el documento de transporte permanezca en poder de las partes en un contrato excluido por el artículo 3 de la variante 2, en cuyo caso prevalecerán las estipulaciones del contrato excluido, y el supuesto en que intervengan terceros, en cuyo caso serán imperativas las disposiciones del Instrumento. Asimismo, los artículos de la variante 2 disponen que el documento de transporte o el documento electrónico, desde el momento de su emisión, deben cumplir con lo dispuesto en el Instrumento, por ejemplo, en lo relativo al reconocimiento de las características de las mercancías.

E. Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: transferencia de derechos: información presentada por la delegación de Suiza, al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 16º período de sesiones

(A/CN.9/WG.III/WP.52) [Original: inglés]

Nota de la Secretaría

Durante el 15º período de sesiones del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte), que tuvo lugar en Nueva York del 18 al 28 de abril de 2005, el Grupo de Trabajo consideró la cuestión de la transferencia de derechos en general a la luz del proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías. La delegación de Suiza ha presentado el documento monográfico que figura en el anexo I a fin de facilitar el examen del tema de la transferencia de derechos, refundiendo los pareceres expresados por diversas delegaciones en un solo documento que se someterá al examen del Grupo de Trabajo. Las siguientes delegaciones hicieron observaciones que pueden verse reflejadas en el anexo: España, Estados Unidos de América, Italia, Japón, Noruega, los Países Bajos, la República de Corea, la Cámara Naviera Internacional, el Consejo Marítimo Internacional y del Báltico (BIMCO) y el Grupo Internacional de Asociaciones de Protección e Indemnización.

La monografía que figura en el anexo I se ha reproducido en la forma en que se recibió en la Secretaría.

Anexo I

Monografía sobre el capítulo 12: Transferencia de derechos

Observaciones generales

1. Gracias a las consultas oficiosas entabladas con otras delegaciones, la delegación de Suiza ha podido reunir una serie de ideas y pareceres y formular ciertos principios, que tal vez sirvan de base para las deliberaciones del Grupo de Trabajo III en su período de sesiones de noviembre/diciembre de 2005 en Viena.

2. El capítulo 12 del proyecto de instrumento (A/CN.9/WG.III/WP.32) se ocupa de un tema esencial y acaso básico del proyecto. Esa importancia dimana del hecho de que el nuevo instrumento ha intentado desde un principio aclarar y armonizar las cuestiones concernientes a la transferencia de derechos, así como en cierta medida también a la transferencia de ciertas obligaciones, desde el cargador contractual a otras partes en la operación que sean ajenas al contrato de transporte. Las deliberaciones giran, claro está, en torno al conocimiento de embarque, que durante siglos ha servido como el principal instrumento, en el derecho legal interno y en la práctica consuetudinaria, para la transferencia de derechos sobre la carga a terceros que intervienen en la operación de transporte. Desde la perspectiva del comercio electrónico, en particular, resulta hoy particularmente urgente aclarar y armonizar el régimen aplicable a esas transferencias. Por ello, el capítulo examinado deberá responder a las elevadas expectativas que el mundo comercial tiene depositadas en los medios de transporte modernos y el comercio electrónico, en particular.

3. El régimen aplicable a la transferencia de derechos figuraba al principio en el artículo 12 del documento A/CN.9/WG.III/WP.21 y fue examinado por vez primera por el Grupo de Trabajo durante su período de sesiones de Nueva York (24 de marzo a 4 de abril de 2003) (véase el informe en A/CN.9/526). A resultas de dicho examen, la Secretaría de la CNUDMI enmendó las disposiciones presentadas en el documento A/CN.9/WG.III/WP.21 a fin de reflejar esas deliberaciones en el nuevo texto. La versión enmendada en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32 sirvió, por ello, de base para las deliberaciones en curso. Durante el período de sesiones de Nueva York, de 18 a 28 de abril de 2005, se examinó tan solo brevemente la cuestión de la transferencia de derechos pero se decidió que las deliberaciones subsiguientes sobre este capítulo se basaran en el proyecto revisado que se presenta en el artículo 61 *bis* del documento A/CN.9/WG.III/WP.47 (o en toda otra nueva versión preparada por la Secretaría con anterioridad al próximo período de sesiones del Grupo de Trabajo, es decir, en el art. 63 actual del documento A/CN.9/WG.III/WP.56).

4. A la luz de la información obtenida, cabe prever que las siguientes cuestiones sean los principales puntos debatidos por el próximo período de sesiones:

5. **Artículo 61: Documento emitido a nombre de una parte, sin llevar consignada la mención "a la orden"**: ¿Cabe considerar ese documento como no negociable o debe pensarse que sobreviven, al menos, ciertas funciones del conocimiento de embarque en la relación entre el cargador y el consignatario designado? Algunas delegaciones opinaron que deberían mantenerse al menos

algunas de las funciones principales del conocimiento de embarque (al margen de su negociabilidad). Otras opinaron que ese documento debería incorporarse a la categoría de la carta de porte marítimo regulada en el artículo 63.

6. **Artículo 62: Referencia genérica a la responsabilidad o a una lista taxativa de responsabilidades**: El Grupo de Trabajo deberá tratar de encontrar una solución al dilema de una regla genérica de la responsabilidad o de una lista cerrada de responsabilidades. La primera opción ofrece la ventaja de su flexibilidad, mientras que la segunda ofrece la ventaja de su predecibilidad para todo tercero tenedor del documento. Debe mencionarse aquí que la mayoría de los pareceres se pronunciaron a favor de una disposición genérica concerniente a la responsabilidad.

7. **Artículo 62 3): Supuestos en los que no se transfiere responsabilidad alguna**: Deberían examinarse más en detalle cada uno de los derechos que, de ser ejercitados por el tenedor, no transferirían responsabilidad u obligación alguna a dicho tenedor.

8. **Artículo 63 a) y b): Elección de la ley aplicable**: El Grupo de Trabajo tendrá que decidir sobre la formulación exacta de la remisión que se hace, a la ley por lo demás aplicable, de toda cuestión suscitada por la transferencia de derechos. Se decidió en Nueva York en 2005 que las delegaciones desean basar sus deliberaciones al respecto sobre la nueva propuesta incorporada en el artículo 61 *bis* (A/CN.9/WG.III/WP.47), actualmente artículo 63 en el documento A/CN.9/WG.III/WP.56.

9. **Artículo 63 c) i) y ii): Notificación:** Algunos delegados pidieron que se aclarara la noción de "notificación", en lo concerniente tanto a su forma como a su contenido. Algunos incluso cuestionaron la procedencia de dicho requisito y su compatibilidad con la índole del artículo 63.

Pareceres y principios analizados artículo por artículo

Artículo 61

10. Las delegaciones participantes en las consultas oficiosas se mostraron favorables tanto al lenguaje utilizado como al contenido del artículo 61 1) y 2). A resultas de ello, existe una lista taxativa de títulos de transporte negociables, por lo que todo documento que no cumpla con los requisitos de forma del artículo 61 será tratado como un documento no negociable.

11. Pese a la claridad de este enfoque, tal vez se haya de reconsiderar dicha lista cuando se haya adoptado una decisión sobre el "documento de transporte nominativo" respecto del cual se han expresado pareceres divergentes en cuanto al régimen aplicable a los documentos emitidos a nombre de una persona, en todo supuesto en el que no se haya consignado en el propio documento la expresión "a la orden". Algunos opinan que esos documentos no deben ser tratados, por el régimen del nuevo instrumento, como títulos de transporte negociables, sino más bien como documentos de transporte no negociables (al igual que la carta de porte marítimo, etc.), mientras otros se pronuncian a favor de que esos documentos sigan siendo tenidos por "negociables", pese a que no lleven consignada la expresión "a la orden". Una postura intermedia opina que si bien ese documento nominativo debe

perder su "negociabilidad", conserva, no obstante, todos los otros rasgos o funciones de un conocimiento de embarque en esferas ajenas a la negociabilidad (derecho del control, entrega de la carga, etc.).

12. Lo que parece claro a la luz de los pareceres expresados es que las demás formas de conocimientos de embarque "híbridos", como pudieran ser los conocimientos de embarque "no a la orden" / "no negociables", etc., no deben regirse por las disposiciones del artículo 63 del futuro instrumento.

Artículo 62

13. Los pareceres expresados se pronuncian claramente a favor de que el artículo 62 enuncie una regla genérica y no una lista taxativa de supuestos. Ahora bien, algunos sugieren que el artículo 62 enuncie una regla abierta o no taxativa de supuestos.

14. Si se parte de la hipótesis de que el artículo 62 no enunciará una lista, deja de ser problemática la cuestión de si se incluyen o no en la lista el flete y el flete falso, así como las demoras o los daños reclamables por retención de la carga. De optarse por retener una lista abierta en el artículo 62, el Grupo de Trabajo tendrá que decidir si se incluyen o no en esa lista el flete y otras cargas similares, y sobre la procedencia de hacerlo.

15. En su forma actual, el texto del instrumento no regula la cuestión de si el tercero tenedor del documento estará obligado por las cláusulas y condiciones del contrato de transporte, y caso de estarlo, en qué momento y en qué medida quedará obligado. Se trata de una cuestión de cierta importancia práctica, que está además estrechamente vinculada a las cuestiones concernientes a la validez frente a terceros de las cláusulas de arbitraje o de elección del foro judicial competente.

16. Ahora bien, los pareceres generales expresados hasta la fecha parecen indicar que, pese a la utilidad práctica de introducir una disposición al respecto, es de temer que dicha regla extienda en demasía el ámbito del instrumento, caso de ser incorporada. Se sugirió que cabría presentar esta cuestión a otras organizaciones internacionales, particularmente al Comité Marítimo Internacional (CMI), a fin de recabar sus pareceres sobre la mejor manera de armonizar esas cuestiones al margen del ejercicio actual de formular el texto del nuevo instrumento.

17. Según que se opte por formular una lista de responsabilidades o una regla abierta o genérica de la responsabilidad, las opiniones recibidas están divididas más o menos por igual en lo concerniente a la cuestión de la responsabilidad por daños imputables a la carga. Los partidarios de que se formule una regla sin lista opinaban que sería provechoso aclarar la situación en que se encontraría el tenedor del documento respecto de los daños ocasionados por la carga. Es evidente, en cambio, que para aquellas delegaciones que prefieren que el artículo 62 se enuncie en forma de una lista cerrada o taxativa, esa aclaración carecería de sentido, dado que al no figurar esa responsabilidad entre las enunciadas en la lista, la regla enunciada dispondría con toda claridad que el tenedor no sería responsable de tales daños.

18. Para dejar la cuestión bien clara, la disposición no se ocupa de la eventualidad de que se presente alguna reclamación por daños extracontractuales imputables a la carga ya que dichos daños quedarían fuera del ámbito del instrumento. Lo que sí cabría, no obstante, plantear es la cuestión del alcance de la responsabilidad

contractual del cargador/tenedor por todo daño ocasionado por la carga al porteador, ya sea directamente (a su buque) o indirectamente (toda reclamación que le sea presentada por los daños ocasionados a otra carga (inocente)).

19. Parece suscribirse en general el criterio de que la transferencia de responsabilidades no supondrá que el cargador contractual o todo tenedor anterior del documento queden liberados de todas sus responsabilidades. Al margen de este parecer de índole general, algunas delegaciones han hecho saber que preferirían que no se aclare esta cuestión en el instrumento, dado que desean dejar esta categoría de cuestiones al arbitrio de lo que disponga el derecho interno.

20. No cabe dudar del apoyo general de que goza el artículo 62 3) del instrumento. Ahora bien, algunos opinan que desearían que se tratara más en detalle esta cuestión. Opinan, en particular, que una lista tal vez no resulte lo bastante clara, ya que deberían contemplarse otros ejemplos en los que no estaría justificado que el tenedor incurriera en responsabilidad por el simple hecho de haber ejercido alguno de esos "derechos".

21. Se observó en general que el artículo 62 2) deberá ser examinado más en detalle. Lo que nadie parece disputar es que todo nuevo ejercicio de un "derecho", que, con arreglo al artículo 62 2), no active la responsabilidad del tenedor, debe ser un derecho de índole "administrativa" que concierne únicamente a "cuestiones de trámite". La lista del artículo 62 3) deberá ser, además, exhaustiva.

Artículo 63

22. Los pareceres expresados han apoyado unánimemente la idea de centrar las deliberaciones sobre cuestiones concernientes a los artículos 61 y 62 en su versión revisada, primero en forma de artículo 61 *bis* (A/CN.9/WG.III/WP.47) y luego de artículo 63 (A/CN.9/WG.III/WP.56). Este parecer se vio de nuevo confirmado durante el período de sesiones de Nueva York en abril de 2005.

23. Hubo una sugerencia de que se reformulara la última oración del artículo 63 a) sustituyendo la forma verbal "se rige por" por "está fundada en lo dispuesto por", o "viene determinada por".

24. Los pareceres expresados apoyan la procedencia de que se exija la notificación, por lo que debe mantenerse ese requisito que se estima esencial (art. 63 c) i) y ii)). Algunas delegaciones sugirieron que se reglamentara más en detalle la forma de esa notificación. Se suscitó también la cuestión de si la notificación sería únicamente requerida en el supuesto de que la exija la ley aplicable, o si procede exigirla al margen de cuál sea la ley aplicable. Según ese parecer, de exigirse esa notificación aun cuando el derecho interno aplicable haya previsto algún requisito más suave, se estaría otorgando al porteador una salvaguardia mínima, que no debería dejarse sustituir por ningún otro requisito (más débil) que haya previsto el derecho interno aplicable. Pese a la generalidad de ese parecer, debe señalarse que algunas delegaciones opinan que esa notificación (por ser de derecho sustantivo) contradice la índole propia del artículo 63, destinado a regular la determinación de la ley aplicable, y no cuestiones de derecho sustantivo.

25. En cuanto al texto del artículo 63 a), dichos pareceres expresaron cierta inquietud de que ese texto no es lo bastante claro, por lo que debería precisarse más su sentido.

26. Una delegación se pregunta incluso si una regla concerniente a la ley aplicable debe figurar en el nuevo instrumento que no tiene por objeto unificar las reglas de derecho internacional privado sino armonizar el régimen de derecho sustantivo aplicable a la operación de transporte.

27. Parece claro que el cedente y el cesionario deben compartir una responsabilidad solidaria y mancomunada (artículo 63 c) iii)). Si el porteador decide y, por ello mismo, conviene en que el cedente quede liberado de su responsabilidad esa liberación debería ser factible y plenamente válida. A título de aclaración, se mencionó que la exoneración del cedente por el porteador no debería afectar a la responsabilidad del cesionario o al derecho de repetición del cesionario frente al cedente con arreglo al contrato subyacente entre ellos. Una nueva aclaración hizo referencia al hecho de que el artículo 63 c) iii) se refiere únicamente a las responsabilidades que estén, por así decir, de algún modo "vinculadas" a los derechos transferidos.

28. La mayoría de los pareceres expresados opinaron que en lo concerniente a la cuestión de la transferencia de responsabilidades a terceros, como sería al tenedor de un documento, era procedente hacer remisión a la ley aplicable, incluso en supuestos en los que se emitiera un documento de transporte no negociable. Ahora bien, se mencionó que esta cuestión debería ser examinada más en detalle.

29. Al igual que sucedió con los pareceres expresados respecto del artículo 62, los pareceres aquí expresados están asimismo divididos en lo concerniente a la necesidad y conveniencia de una disposición concerniente a la validez frente a terceros de la transferencia de un contrato. Cabe decir, al menos, que la mayoría de los pareceres expresados juzgan que dicha disposición y aclaración no son necesarias en el contexto del futuro instrumento.

F. Nota de la Secretaría sobre la preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: diagrama para la comparación de los niveles de limitación de la responsabilidad del porteador entre los países, presentada al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 16º período de sesiones

(A/CN.9/WG.III/WP.53) [Original: inglés]

Nota de la Secretaría

En su 13º período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó las disposiciones del proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías en lo que respecta a la limitación de la responsabilidad del porteador, y consideró que aún no había llegado el momento de proceder a un intercambio de opiniones sobre el nivel apropiado de limitación de dicha responsabilidad (A/CN.9/552, párrs. 39 y 44). El Grupo de Trabajo sugirió que se presentara un cuadro analítico de información en que se compararan los distintos niveles de responsabilidad en diferentes Estados, y también en relación con los diferentes regímenes de transporte. El Comité Marítimo Internacional (CMI) se ofreció para distribuir entre sus Estados miembros un cuestionario sobre los niveles de responsabilidad aplicables en sus respectivos países a las reclamaciones en el transporte marítimo y para proporcionar toda información disponible sobre el valor de las reclamaciones en relación con las cargas de los buques. Los Estados miembros y los Estados observadores que asistían al período de sesiones del Grupo de Trabajo convinieron también en presentar a la Secretaría información relativa a los límites de responsabilidad aplicables en sus diversos regímenes de transporte interno, así como sobre las estadísticas disponibles en materia de reclamaciones.

Toda la información recibida por la Secretaría se ha recogido en el diagrama que se adjunta como anexo a la presente nota.

Derecho del transporte: Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías

Cuadro comparativo sobre los niveles de limitación de la responsabilidad del porteador en diversos países

País	*Transporte aéreo*	*Transporte ferroviario*	*Transporte por carretera*	*Transporte marítimo*	*Otras modalidades de transporte*
Argentina	Internacional: Protocolo de Montreal, de 1975: 17 DEG por kilogramo; si no, se aplica el artículo 145 del Código Aeronáutico: 2 pesos de oro argentinos por kilogramo bruto (valor actual: 183 dólares EE.UU.).			Internacional: Reglas de La Haya, 1924: 100 libras esterlinas (9.545 dólares EE.UU.) por bulto o unidad; si no, se aplica el artículo 24 de la Ley de Navegación núm. 20.094: 400 pesos de oro argentinos por bulto o pieza (valor actual: 7.321 dólares EE.UU.) Demora: lo mismo.	Convenio sobre el transporte multimodal: daños localizados: límite fijado conforme a las reglas aplicables al modo de transporte pertinente. Daño no localizado: artículo 24 de la Ley de Navegación núm. 20.094: 400 pesos de oro argentinos por bulto o pieza (valor actual: 7.321 dólares EE.UU.). Transporte por vías acuáticas interiores: ninguna limitación.
Austria	Internacional: Convenio de Montreal de 1999: 17 DEG por kilogramo; o bien 35 euros por kilogramo "por los daños causados por una falta leve". Nacional: no hay limitación.	Internacional: Convenio COTIF-CIM: 17 DEG por kilogramo. Nacional: el porteador puede fijar una tarifa para limitar la responsabilidad que no sea inferior a los límites fijados en los convenios internacionales.	Internacional: Convenio CMR enmendado por el Protocolo de 1978: 8,33 DEG por kilogramo. Nacional: se aplican las cláusulas generales del contrato.	Internacional: Reglas de Hamburgo: 835 unidades de cuenta (DEG) por bulto o unidad de transporte, o 2,5 unidades de cuenta (DEG) por kilogramo de peso bruto. Nacional: Código del Comercio: 10.000 chelines austríacos por paquete o unidad de valor (7.031,5 euros).	Transporte por vías acuáticas interiores: no hay responsabilidad.

País	*Transporte aéreo*	*Transporte ferroviario*	*Transporte por carretera*	*Transporte marítimo*	*Otras modalidades de transporte*
Bélgica	Internacional: Convenio de Montreal, de 1999: 17 DEG por kilogramo.	Internacional: Convenio COTIF-CIM: 17 DEG por kilogramo. Nacional: lo mismo que en el transporte internacional.	Internacional: Convenio CMR enmendado por el Protocolo de 1978: 8,33 DEG por kilogramo. Nacional: lo mismo que en el transporte internacional, si resulta aplicable.	Internacional: Reglas de La Haya-Visby enmendadas por el Protocolo sobre los DEG: 666,67 unidades de cuenta (DEG) por bulto o unidad de carga, o 2 unidades de cuenta (DEG) por kilogramo de peso bruto. Nacional: lo mismo que en el transporte internacional.	
Canadá	Internacional: Convenio de Montreal de 1999: 17 DEG por kilogramo.	Internacional: nivel inferior 1) al valor de las mercancías, incluido el flete, si se ha pagado; o 2) al valor consignado por escrito por el cargador; o 3) al valor convenido por el porteador y el cargador; o 4) al valor determinado de conformidad con la clasificación de tarifas.	Internacional: 4,41 dólares canadienses por kilogramo para las cargas declaradas en un conocimiento de embarque.	Internacional: Reglas de La Haya-Visby enmendadas por el Protocolo sobre los DEG: 666,67 unidades de cuenta (DEG) por bulto o unidad de carga, o 2 unidades de cuenta (DEG) por kilogramo de peso bruto. Demora: no hay limitación.	
Chile				Internacional: Reglas de Hamburgo: 835 unidades de cuenta (DEG) por bulto o unidad de carga, o 2,5 unidades de cuenta (DEG) por kilogramo de peso bruto. Demora: 2,5 veces el importe del flete, sin exceder la totalidad del flete pagadero.	

País	*Transporte aéreo*	*Transporte ferroviario*	*Transporte por carretera*	*Transporte marítimo*	*Otras modalidades de transporte*
China	Internacional: Convenio de Varsovia de 1929, enmendado por el Protocolo de La Haya de 1955: 250 francos de oro por kilogramo. O bien: artículo 129 1) 2) de la Ley de Aviación Civil: 17 DEG por kilogramo. Nacional: artículo 45 1) 1) de la Reglamentación sobre la carga en la aviación civil nacional: 20 RMB (moneda de China) por kilogramo.	Internacional: artículo 22 del SMGS (Acuerdo sobre el transporte ferroviario internacional de mercancías): "sin exceder del importe de la compensación por la pérdida de las mercancías". Para aparatos domésticos, el límite es de 7,2 rublos por kilogramo. Demora: artículo 26 del SGMS: del 6% al 30% del flete impuesto, en función del tiempo excedente transcurrido en tránsito. Nacional: artículo 56 3) de la Reglamentación sobre el transporte de mercancías por ferrocarril: 100 RMB (moneda de China) por tonelada cuando las mercancías se transporten en función del peso: 2.000 RMB por tonelada cuando las mercancías se transporten en función del peso y de los bultos; 30 RMB por cada 10 kilogramos de aparatos domésticos o cargas remitidas por particulares. Demora: del 5% al 20% del flete impuesto, en función del tiempo excedente transcurrido en tránsito.	Internacional/nacional: no hay limitación alguna; tampoco por los daños relacionados con las demoras.	Internacional: el artículo 56 del Código Marítimo reproduce las Reglas de La Haya-Visby enmendadas por el Protocolo sobre los DEG: 666,67 unidades de cuenta (DEG) por kilogramo de peso bruto. Demora: cantidad equivalente al flete pagadero por las mercancías (artículo 57 del Código Marítimo). Nacional: no hay limitación.	Navegación costera y por aguas interiores: no hay limitación.

País	*Transporte aéreo*	*Transporte ferroviario*	*Transporte por carretera*	*Transporte marítimo*	*Otras modalidades de transporte*
República Checa	Nacional: no hay limitación de responsabilidad para el porteador (párrafo 629 del Código de Comercio).	Nacional: no hay limitación de responsabilidad para el porteador (párrafo 629 del Código de Comercio).	Nacional: no hay limitación de responsabilidad para el porteador (párrafo 629 del Código de Comercio).	Nacional: no hay limitación de responsabilidad para el porteador (párrafo 629 del Código de Comercio).	
Dinamarca	Internacional: Convenio de Montreal de 1999: 17 DEG por kilogramo (lo mismo en caso de demora). Nacional: lo mismo que para el transporte internacional.	Internacional: Convenio COTIF-CIM: 17 DEG por kilogramo. Demora: COTIF-CIM: el cuádruple de los gastos de transporte. Nacional: 17 DEG por kilogramo; 8,33 DEG por kilogramo en caso de carga general. Demora: el cuádruple de los gastos de transporte, pero únicamente si son gastos de carga general.	Internacional: Convenio CMR enmendado por el Protocolo de 1978: 8,33 DEG por kilogramo. Demora: Convenio CMR: los gastos de transporte. Nacional: no hay limitación, pero los límites se convienen por vía contractual ateniéndose generalmente las partes a los términos de las NSAB 2000 en que se reproduce lo arriba mencionado (lo mismo en caso de demora).	Internacional: Reglas de La Haya-Visby enmendadas por el Protocolo sobre los DEG: 666,67 unidades de cuenta (DEG) por bulto o unidad de carga, o dos unidades de cuenta (DEG) por kilogramo de peso bruto. Demora: 2,5 veces el importe del flete por la carga demorada, sin que se exceda del importe del flete total. Nacional: lo mismo que para el transporte internacional (también en caso de demora).	
Finlandia	Internacional: Convenio de Montreal de 1999: 17 DEG por kilogramo. Nacional: lo mismo que para el transporte internacional, pero sin límites de responsabilidad en caso de mala conducta dolosa o de negligencia grave.	Nacional: artículo 15 de la Ley de Transportes Ferroviarios de 2000: 25 euros por kilogramo, más los gastos de transporte. Sin límites de responsabilidad en caso de mala conducta dolosa o de negligencia grave.	Nacional: artículo 32 del Acuerdo sobre los Transportes por Carretera de 1979: 20 euros por kilogramo. Sin límites de responsabilidad en caso de mala conducta dolosa o de negligencia grave.	Internacional: Reglas de La Haya-Visby enmendadas por el Protocolo sobre los DEG: 666,67 unidades de cuenta (DEG) por bulto o unidad de carga, o dos unidades de cuenta (DEG) por kilogramo de peso bruto. Nacional: lo mismo que para el transporte internacional.	Transporte multimodal: límite determinado en el conocimiento de embarque, que suele ser de 8,33 DEG, excepto para el tramo marítimo, en el cual se aplica el límite pertinente.

País	*Transporte aéreo*	*Transporte ferroviario*	*Transporte por carretera*	*Transporte marítimo*	*Otras modalidades de transporte*
Alemania	Internacional: Convenio de Montreal de 1999: 17 DEG por kilogramo. Nacional: (aplicable también al transporte internacional cuando no sea aplicable el Convenio): 8,33 DEG por kilogramo (artículo 431, párrafo 2, del Código de Comercio). Las partes pueden convenir en distintos límites, siempre y cuando vayan de 2 a 40 DEG por kilogramo. Demora: el triple del flete (artículo 431, párrafo 3, del Código de Comercio).	Internacional: Convenio COTIF-CIM: 17 DEG por kilogramo.	Internacional: Convenio CMR, enmendado por el Protocolo de 1978: 8,33 DEG por kilogramo. Nacional: 8,33 DEG por kilogramo (artículo 431, párrafo 2, del Código de Comercio). Las partes pueden convenir en distintos límites, siempre y cuando vayan de 2 a 40 DEG por kilogramo. Demora: el triple del flete (artículo 431, párrafo 3, del Código de Comercio).	Internacional: Reglas de La Haya: pérdida o daño: 666,67 DEG por bulto o unidad de carga. Demora: sin limitación. Nacional: Código de Comercio (basado en las Reglas de La Haya-Visby): pérdida o daño: 666,67 unidades de cuenta (SDR) por bulto o unidad de carga, o 2 unidades de cuenta (DEG) por kilogramo de peso bruto. Demora: sin limitaciones.	Navegación interior: lo mismo que para el transporte aéreo, ferroviario y por carretera. Transporte multimodal: si no se puede determinar el tramo del viaje en que se produjo el hecho, se aplican las reglas generales (igual que en el transporte aéreo, ferroviario o por carretera). Si puede localizarse dicho tramo, sistema de redes (puede sustituirse por las disposiciones generales de la Ley de Transportes de Alemania, a menos que dicha sustitución no se ajuste a las disposiciones imperativas de un acuerdo internacional vinculante para Alemania (artículo 452 d) 2) y 3) del Código de Comercio).

País	*Transporte aéreo*	*Transporte ferroviario*	*Transporte por carretera*	*Transporte marítimo*	*Otras modalidades de transporte*
Ghana				Internacional/nacional: Párrafo 414 b) de la Ley de Navegación de Ghana núm. 645, de 2003: 167.000 unidades de cuenta para un buque con un tonelaje no superior a 500 toneladas; para los buques que superen ese tonelaje, además de lo anterior: - 167 unidades de cuenta por cada tonelada, desde 501 a 30.000 toneladas; - 125 unidades de cuenta por cada tonelada, desde 30.001 a 70.000 toneladas; - 83 unidades de cuenta por cada tonelada a partir de las 70.001 toneladas.	
Grecia	Internacional: Convenio de Montreal de 1999: 17 DEG por kilogramo. Nacional: lo mismo que para el transporte internacional.	Internacional: Convenio COTIF-CIM: 17 DEG por kilogramo. Nacional: sin limitaciones. Demora: el doble del flete pagado.	Internacional: Convenio CMR enmendado por el Protocolo de 1978: 8,33 DEG por kilogramo. Nacional: se aplica el Código de Comercio, sin limitaciones.	Internacional: Reglas de La Haya-Visby enmendadas por el Protocolo sobre los DEG: 666,67 unidades de cuenta (DEG) por bulto o unidad de carga, o 2 unidades de cuenta (DEG) por kilogramo de peso bruto. Nacional: lo mismo que en transporte internacional.	

País	*Transporte aéreo*	*Transporte ferroviario*	*Transporte por carretera*	*Transporte marítimo*	*Otras modalidades de transporte*
Guatemala				Internacional: límite determinado en el conocimiento de embarque del transitario (a menudo, las Reglas de La Haya-Visby). Nacional: sin limitaciones (artículos 817 y 819 del Código de Comercio).	
Hong Kong (RAE de China)				Internacional: Reglas de La Haya-Visby enmendadas por el Protocolo sobre los DEG: 666,67 unidades de cuenta (DEG) por bulto o unidad de carga, o 2 unidades de cuenta (DEG) por kilogramo de peso bruto. Demora: lo mismo que lo arriba indicado, siempre que sea aplicable.	
Italia				Internacional: Reglas de La Haya-Visby enmendadas por el Protocolo sobre los DEG: 666,67 unidades de cuenta (DEG) por bulto o unidad de carga, o 2 unidades de cuenta (DEG) por kilogramo de peso bruto. Demora: lo mismo que lo arriba indicado.	

País	*Transporte aéreo*	*Transporte ferroviario*	*Transporte por carretera*	*Transporte marítimo*	*Otras modalidades de transporte*
Japón				Internacional: Reglas de La Haya-Visby enmendadas por el Protocolo sobre los DEG: 666,67 unidades de cuenta (DEG) por bulto o unidad de carga, o 2 unidades de cuenta (DEG) por kilogramo de peso bruto, pero el porteador no es responsable de las "pérdidas puramente económicas" ni de las "pérdidas emergentes". Demora: lo mismo que lo arriba indicado para toda pérdida en el precio del mercado.	
Corea				Internacional/nacional: 500 DEG (artículo 789-2 del Código de Comercio).	
Líbano				Internacional: Reglas de Hamburgo: 835 unidades de cuenta (DEG) por bulto o unidad de carga, o 2,5 unidades de cuenta (DEG) por kilogramo de peso bruto.	
Malí			Internacional: sin limitaciones. (El seguro es obligatorio para todas las mercancías importadas cuyo valor sobrepase los 500.000 CFA: este mecanismo parece aplicarse a todas las formas de transporte de mercancías importadas).		

País	*Transporte aéreo*	*Transporte ferroviario*	*Transporte por carretera*	*Transporte marítimo*	*Otras modalidades de transporte*
México				Internacional: Reglas de La Haya-Visby enmendadas por el Protocolo sobre los DEG: 666,67 unidades de cuenta (DEG) por bulto o unidad de carga, o 2 unidades de cuenta (DEG) por kilogramo de peso bruto. Demora: sin limitaciones.	
Marruecos			Internacional/nacional: en ausencia de cláusulas contractuales, se aplica el contrato modelo, que no prevé ninguna limitación (decreto del Ministerio de Transportes núm. 1744-03, de 23 de septiembre de 2003).		
Países Bajos				Internacional: Reglas de La Haya-Visby enmendadas por el Protocolo sobre los DEG: 666,67 unidades de cuenta (DEG) por bulto o unidad de carga, o 2 unidades de cuenta (DEG) por kilogramo de peso bruto. Demora: lo mismo que lo arriba indicado, con la salvedad de que el porteador puede sustraerse al contrato en virtud del mismo.	
Nigeria				Internacional: Reglas de La Haya de 1924: 200 Naira por bulto o unidad. Demora: lo mismo que lo arriba indicado.	

País	*Transporte aéreo*	*Transporte ferroviario*	*Transporte por carretera*	*Transporte marítimo*	*Otras modalidades de transporte*
Noruega	Internacional: Convenio de Montreal de 1999: 17 DEG por kilogramo.	Internacional: Convenio COTIF-CIM: 17 DEG por kilogramo.	Internacional: Convenio CMR enmendado por el Protocolo de 1978: 8,33 DEG por kilogramo. Nacional: 17 DEG por kilogramo de peso bruto.	Internacional: Reglas de La Haya-Visby enmendadas por el Protocolo sobre los DEG: 666,67 unidades de cuenta (DEG) por bulto o unidad de carga, o 2 unidades de cuenta (DEG) por kilogramo de peso bruto. Demora: lo mismo que lo arriba indicado. Nacional: 17 DEG por kilogramo de peso bruto.	
Senegal				Internacional: Reglas de Hamburgo: 835 unidades de cuenta (DEG) por bulto o unidad de carga, o 2,5 unidades de cuenta (DEG) por kilogramo de peso bruto.	
Singapur				Internacional: Reglas de La Haya-Visby (no enmendadas): 1.563,65 dólares de Singapur por bulto o unidad de carga, o 4,69 dólares por kilogramo de peso bruto. Sin embargo, si no hay realmente falta ni corresponsabilidad, el límite se fija en 156,36 dólares de Singapur por cada tonelada del tonelaje del buque (artículos 135 y 136 de la Merchant Shipping Act).	
España	Nacional: 17 DEG (por kilogramo). Demora: costo del flete.	Nacional: 3,61 euros por kilogramo. Demora: costo del flete.	Nacional: 4,5 euros por kilogramo. Demora: costo del flete.	Nacional: ninguna limitación legislativa, pero los límites pueden convenirse por vía contractual.	

País	*Transporte aéreo*	*Transporte ferroviario*	*Transporte por carretera*	*Transporte marítimo*	*Otras modalidades de transporte*
Suiza	Internacional: Protocolo de Montreal de 1975: 17 DEG por kilogramo. Nacional: 72,50 francos suizos por kilogramo.	Internacional: Convenio COTIF-CIM: 17 DEG por kilogramo.	Internacional: Convenio CMR enmendado por el Protocolo de 1978: 8,33 DEG por kilogramo. Nacional: 150 francos suizos por kilogramo de peso bruto. Demora: 2.000 francos suizos por vehículo o 500 francos suizos por paquete.		Navegación internacional interior: CLNI (Convenio de Estrasburgo sobre la limitación de la responsabilidad en la navegación interior, de 4 de noviembre de 1988). Nacional: 666,67 unidades de cuenta (DEG) por bulto o unidad de carga, o 2 unidades de cuenta (DEG) por kilogramo de peso bruto (1 DEG por kilogramo si la navegación es por el Rin).
Turquía	Nacional: sin límites de responsabilidad para el porteador (artículo 762 del Código de Comercio).	Nacional: sin límites de responsabilidad para el porteador (artículo 762 del Código de Comercio).	Nacional: sin límites de responsabilidad para el porteador (artículo 762 del Código de Comercio).	Nacional: sin límites de responsabilidad para el porteador (artículo 762 del Código de Comercio).	
Reino Unido				Internacional: Reglas de La Haya-Visby enmendadas por el Protocolo sobre los DEG: 666,67 unidades de cuenta (DEG) por bulto o unidad de carga, o 2 unidades de cuenta (DEG) por kilogramo de peso bruto. Demora: sin límites específicos, y el porteador puede sustraerse al contrato en virtud del mismo.	

País	*Transporte aéreo*	*Transporte ferroviario*	*Transporte por carretera*	*Transporte marítimo*	*Otras modalidades de transporte*
Estados Unidos de América	Internacional: Convenio de Montreal de 1999: 17 DEG por kilogramo. Nacional: limitación estipulada en las cláusulas del contrato, generalmente del orden de 0,50 dólares por libra (alrededor de 1,10 dólares por kilogramo).	Internacional/nacional: sin límites cuando el transporte se realiza con un conocimiento de embarque, aunque pueden convenirse ciertos límites por escrito o en las cláusulas sobre las tarifas y condiciones de flete.	Internacional/nacional: sin límites, aunque pueden convenirse ciertos límites por escrito o en las cláusulas sobre las tarifas y condiciones de flete.	Nacional: cuando el transporte se rige por un conocimiento de embarque: valor del buque y flete al final del viaje, más el flete acumulado en el viaje (46 USC app. 183 a), Limitation of Liability Act).	

G. Preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: propuesta de los Países Bajos sobre el arbitraje, presentado al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 16º período de sesiones

(A/CN.9/WG.III/WP.54) [Original: inglés]

Nota de la Secretaría

En preparación del 16º período de sesiones del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte), el Gobierno de los Países Bajos presentó un texto con una propuesta relacionada con las disposiciones relativas al arbitraje del proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías para que lo examinara el Grupo de Trabajo. El texto de esa propuesta se adjunta como anexo a la presente nota tal como lo recibió la Secretaría.

Anexo

1. En los párrafos 177 a 179 del informe sobre el 15º período de sesiones del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI (A/CN.9/576) se hacía referencia a una propuesta sobre el arbitraje que se presentaría en un ulterior período de sesiones. La mencionada propuesta se ha recogido en el presente documento.

2. La finalidad de la propuesta es llegar a una solución de transacción entre las diversas delegaciones que opinan que:

a) El proyecto de convenio debería contener disposiciones sobre la vía judicial y no debería ser posible sustraerse a esas disposiciones gracias a una posible libertad de someter una controversia a arbitraje;

b) En cuanto a la elección entre arbitraje y vía judicial, las prácticas que actualmente se siguen en el ramo no deberían verse notablemente afectadas;

c) El arbitraje es el método predominante para la resolución de controversias en el comercio con buques de servicios no regulares, en tanto que en los transportes por líneas regulares los acuerdos de arbitraje revisten un carácter excepcional;

d) Los instrumentos internacionales que actualmente rigen el arbitraje, en particular la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985) y los principios en que se fundamentan no deberían verse afectados (consúltese el documento A/CN.9/WG.III/WP.45);

e) Una vez que haya surgido una controversia, las partes deberían tener libertad para convenir en someter el caso a un tribunal judicial o a un tribunal arbitral.

3. A juicio de la delegación de los Países Bajos, esta finalidad podría lograrse de los siguientes modos:

a) Restringiendo las posibilidades de arbitraje en relación con los contratos de transporte a los que el proyecto de convenio sea aplicable en virtud de los artículos 8 y 9 y, a tal efecto, permitiendo únicamente el arbitraje en los lugares en que el proyecto de convenio permita recurrir a la vía judicial;

b) Suprimiendo el Capítulo 17 relativo al arbitraje, dejando así la cuestión del arbitraje totalmente en manos de los instrumentos existentes que lo rigen y del derecho interno de cada Estado;

c) Eliminando todo posible impedimento para que se incorpore voluntariamente el proyecto de convenio a los contratos de transporte que, de conformidad con el artículo 9, están excluidos del ámbito de aplicación del proyecto de convenio y, a tal efecto, agregando al texto una disposición que establezca explícitamente la libertad de incluir en dichos contratos cláusulas [para recurrir a la vía judicial o] compromisorias de arbitraje;

d) Haciendo extensiva también a los acuerdos de arbitraje la disposición relativa a los acuerdos una vez haya surgido una controversia.

4. En el 15º período de sesiones del Grupo de Trabajo se estimó que tal vez convendría introducir excepciones para ciertos medios de transporte de línea especializados (véase el párrafo 178 del documento A/CN.9/576). En esta propuesta aún no se ha presentado ningún texto en que se plasme la sugerencia.

5. Con respecto a la redacción del texto, las enmiendas propuestas pueden acarrear, en el texto del proyecto del convenio recogido en el documento A/CN.9/WG.III/WP.56, los siguientes cambios[1]:

a) El título del Capítulo 16 debería ser: **"Vía judicial y arbitraje".**

b) Agréguese al artículo 78 un segundo párrafo con el siguiente texto:

"2. A reserva de lo dispuesto en el artículo 81 *bis*, si un contrato de transporte sujeto al presente Convenio contiene un acuerdo de arbitraje o cláusula compromisoria, se aplicarán las siguientes disposiciones:

a) La persona que presente una reclamación contra el porteador podrá optar por:

i) entablar un procedimiento arbitral de acuerdo con lo dispuesto en el acuerdo de arbitraje en el lugar en él estipulado, o por

ii) incoar un procedimiento judicial en cualquier otro lugar, siempre y cuando dicho lugar esté especificado en los párrafos a) a c) del artículo 75;

b) El porteador no podrá ejecutar el acuerdo de arbitraje, a menos que ofrezca a la persona que tenga una reclamación contra él la posibilidad de optar, para el procedimiento de arbitraje, por alguno de los lugares especificados en los párrafos a) a d) del artículo 75."

c) Al final del artículo 81, después de la palabra "acción", insértese la frase:

"o por el que se someta la controversia a arbitraje"

d) Agréguese un nuevo artículo 81 *bis* con el siguiente texto:

"Nada de lo dispuesto en el presente Convenio afectará a la ejecutabilidad de un acuerdo [para recurrir a los tribunales o] de arbitraje en un contrato de transporte ejecutado por un servicio no regular al que el presente Convenio o los términos del mismo sean únicamente aplicables en razón de:

i) la aplicación del artículo 10, o

ii) que las partes hayan incorporado voluntariamente el presente Convenio al contrato de transporte, como cláusula contractual, que de otro modo no estaría sujeto al presente Convenio."

e) Suprímase la totalidad del Capítulo 17 (artículos 82 a 86).

---

[1] Con todo, la propuesta depende del resultado de las deliberaciones que mantenga el Grupo de Trabajo sobre el contenido del artículo 76, relativo a la jurisdicción exclusiva.

H. Preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: obligaciones del cargador: información presentada por la delegación de Suecia al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 16º período de sesiones

(A/CN.9/WG.III/WP.55) [Original: inglés]

Nota de la Secretaría

Como preparativo del 16º período de sesiones del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte), el Gobierno de Suecia presentó a la Secretaría la monografía que se adjunta al presente documento en forma de un anexo dedicado al tema de las obligaciones del cargador en el marco del proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías. La delegación de Suecia informó que su monografía tenía por objeto facilitar el examen, por el Grupo de Trabajo, de las obligaciones del cargador, recopilando para dicho fin los pareceres y observaciones de diversas delegaciones en un único documento que se sometería al examen del Grupo de Trabajo.

La monografía que se adjunta en el anexo se reproduce conforme se recibió por la Secretaría.

Anexo

I. Introducción

1. Las obligaciones del cargador fueron examinadas durante el 13º período de sesiones del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) en Nueva York, los días 3 a 14 de mayo de 2004. Las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo fueron reproducidas en los párrafos 118 a 161 del informe de dicho período de sesiones (A/CN.9/552). Se pidió a la secretaría de la CNUDMI que preparara una versión revisada de las disposiciones examinadas. Los proyectos de artículo sobre las obligaciones del cargador fueron publicados en los párrafos 14 a 22 del documento A/CN.9/WG.III/WP.39. Durante el verano de 2005, la delegación de Suecia distribuyó un cuestionario oficioso sobre las obligaciones del cargador entre las delegaciones interesadas. Ese cuestionario tenía por finalidad facilitar el debate sobre este tema e investigar los márgenes de transacción eventual en lo concerniente a ciertas cuestiones controvertidas del texto. Un total de 19 delegaciones respondió a este cuestionario. Tres delegaciones de distintos países presentaron su respuesta en forma de un documento conjunto. En el intervalo entre la distribución del cuestionario y la publicación del informe, se ha preparado una nueva versión consolidada del proyecto de convenio bajo la signatura A/CN.9/WG.III/WP.56. El presente informe está basado en esa versión consolidada aún cuando se refiere también al texto original de las disposiciones que figuraba en A/CN.9/WG.III/WP.39. Los textos sugeridos en este informe no reflejan necesariamente el parecer de la delegación de Suecia, sino que constituyen posibles fórmulas de transacción que el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar.

II. Entrega de las mercancías listas para su transporte (proyecto de artículo 28, artículo 25 de la versión anterior)

2. El artículo 28 enuncia una obligación general de que las mercancías se han de entregar listas para su transporte, salvo que se haya estipulado otra cosa en el contrato de transporte. Ahora bien este artículo no regula ni el momento ni el lugar donde las mercancías se han de entregar al porteador. Se preguntó a las delegaciones si deseaban que se insertara una regla por la que se dispusiera que las mercancías se habían de entregar, salvo acuerdo en contrario, en el lugar y en el momento que indicara el porteador. Alrededor de la mitad de las delegaciones opinaron que no estimaban que esa regla fuera necesaria. Algunas delegaciones opinaron que se trataba de una cuestión comercial que las partes no dejarían, en ningún caso, de estipular explícitamente en su contrato. Una de las delegaciones expresó el parecer de que el texto actual del artículo 28 disponía implícitamente que, de no haberse estipulado otra cosa, el cargador estaría obligado a entregar las mercancías en el momento y el lugar que le indicara el porteador. Unas cuantas delegaciones se opusieron firmemente a la adición propuesta por considerar que entrañaba el riesgo de inclinar la balanza en favor del porteador y en contra del cargador y por estimar además que no había necesidad alguna de unificar el derecho aplicable a este respecto. Por consiguiente, se sugirió asimismo que se dejara al arbitrio del derecho interno la cuestión de la responsabilidad por toda demora del cargador en la entrega.

3. Otras delegaciones indicaron que les gustaría que se enunciara una regla general como la sugerida en el artículo 28. Ninguna de estas delegaciones especificó, no obstante, las razones por las que deseaban dicha regla.

4. En lo concerniente a la pregunta de si las palabras "transporte previsto" se refieren a todos los tramos de la operación de transporte y no únicamente al tramo marítimo, la mayoría de las delegaciones opinaron que el texto actual resultaba lo bastante claro, por lo que no veían la necesidad de que se precisara que las mercancías habrían de ser embaladas y estibadas de tal forma que pudieran soportar las condiciones del transporte marítimo y no solo las condiciones de todo transporte auxiliar efectuado por tierra.

5. Pese al hecho de que no se formuló en el cuestionario ninguna pregunta concreta acerca de la relación entre la primera y la segunda oración del artículo 28, un número apreciable de delegaciones han efectuado algún comentario sobre esta cuestión. La mayoría de esas delegaciones llegaron a la conclusión de que la obligación de estibar, sujetar y afianzar las mercancías en el interior del contenedor, que se enuncia en la segunda oración, está ya regulada por la obligación más genérica impuesta por la primera oración. El argumento aducido parece ser que si las partes convienen en que las mercancías sean entregadas en un contenedor, el cargador deberá no solo cargar, manipular, estibar, sujetar y afianzar las mercancías debidamente, por ejemplo embalándolas en cajones que soporten las condiciones del viaje, sino que deberá afianzar esos cajones en el interior del contenedor. En otras palabras, la obligación enunciada en la segunda oración estaría implícita en la obligación de estibar debidamente las mercancías.

6. Por el contrario, una delegación expresó el parecer de que se trataba de dos cuestiones distintas, que debían ser reguladas explícitamente. Otra razón aducida para retener la segunda oración fue la de que los contenedores son objeto de reglas especiales en algunos otros artículos del proyecto de convenio.

7. Ahora bien, cabría alegar que el criterio general adoptado en el régimen del convenio es el de que se debe aplicar un mismo régimen a las mercancías y a todo medio de embalaje o envasado, como sería el caso de los contenedores. Esta consideración puede verse ilustrada por el hecho de que la definición de "mercancías", en el artículo 1 w), menciona explícitamente a los contenedores. Respecto de las reglas especiales aplicables a los contenedores, cabe observar que esas disposiciones del futuro convenio cumplen alguna finalidad más específica que la del artículo 28. Por ejemplo, en el artículo 26 se hace una distinción necesaria entre la carga contenedorizada y otras categorías de carga, por razón de que el porteador podrá transportar la carga contenedorizada sobre cubierta sin necesidad de haberlo estipulado expresamente con el cargador.

8. De interpretarse el enunciado del artículo 28 en el sentido de que los contenedores no estarían regulados por la primera oración, sino únicamente por la segunda, esa interpretación sería probablemente contraria al enunciado de la definición del apartado w) del artículo 1, y crearía además el riesgo de que el cargador no hubiera de responder del estado en que se encuentre el contenedor por él entregado, sino únicamente de haber estibado correctamente las mercancías en su interior. Ahora bien, los problemas que suelen darse en la práctica no dimanan únicamente del hecho de que las mercancías no se hayan estibado como es debido

en el interior de un contenedor sino del estado del propio contenedor, en el supuesto de que ese estado no le permita soportar las condiciones inherentes a su trasporte.

9. A la luz de lo anteriormente dicho, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la conveniencia de que el artículo 28 se formule en términos como los siguientes:

> "*De no haberse estipulado otra cosa en el contrato de transporte, el cargador deberá entregar las mercancías listas para su transporte y en un estado que les permita soportar las condiciones del transporte previsto, así como las operaciones de carga, manipulación, estiba, sujeción y afianzamiento, y descarga, así como en condiciones que no se presten a causar lesión corporal o daño alguno.*"

III. Obligación del porteador de facilitar información e instrucciones (proyecto de artículo 29, artículo 26 de la versión anterior)

10. No se hizo en el cuestionario ninguna propuesta de que se suprimiera, por innecesario, el artículo 29. Algunas delegaciones indicaron, no obstante, que desearían que el proyecto de artículo se suprimiera por completo. Se alegaron como razones el hecho de que este artículo se encuentre en un capítulo dedicado a las obligaciones del cargador y el de que la obligación que regula estaba ya regulada por las disposiciones generales del convenio concernientes a las obligaciones y la responsabilidad del porteador. Ahora bien, la mayoría de las delegaciones estima que la regla del artículo 29 se complementa muy bien con la del artículo 30 concerniente a la obligación del cargador de facilitar información e instrucciones.

11. Una mayoría de las delegaciones desearían que se suprimiera el texto entre corchetes en la primera oración y la segunda oración entre corchetes. Según estas delegaciones, el porteador tiene una obligación implícita de facilitar información exacta y completa con la oportunidad debida. Algunas de estas delegaciones estimaron que el texto entre corchetes de la primera oración era aceptable y que tal vez sirviera para recordar que la información debe ser facilitada en el momento oportuno.

12. Una minoría de las delegaciones sugirieron mantener el texto entre corchetes, al estimar que resultaría útil enunciar expresamente esas obligaciones. Una de las delegaciones se pronunció a favor de que se suprimiera únicamente la segunda oración. Una delegación sugirió además que convendría insertar la expresión "todas aquellas" antes del término "instrucciones" que figura en la primera oración.

13. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar un texto formulado en términos como los siguientes:

> "*El porteador deberá, a instancia del cargador, facilitarle oportunamente toda información de la que el porteador tenga conocimiento y todas aquellas instrucciones que puedan ser razonablemente necesarias o de interés para el cargador en orden al cumplimiento de sus obligaciones a tenor del artículo 28.*"

IV. Obligación del cargador de facilitar información, instrucciones y documentos (artículo 30, artículo 27 de la versión anterior)

14. Las delegaciones se mostraron divididas en su parecer respecto del artículo 30. En lo concerniente al texto original y la variante propuesta entre corchetes, algunas delegaciones dijeron que preferirían que se mantuviera el texto como estaba en su versión original. Otras delegaciones han indicado que los términos de la variante presentada resultaban aceptables como base para proseguir las deliberaciones. Unas cuantas delegaciones, que se mostraron favorables al texto original, indicaron que la fórmula "razonablemente necesarios para" del encabezamiento y la fórmula "pueda razonablemente suponer" del apartado a) y c) enuncian dos criterios de valoración distintos, uno objetivo y el otro subjetivo. Lo que supone que en un supuesto en el que no quepa considerar que un documento es razonablemente necesario para la manipulación de las mercancías, el cargador no estará obligado a facilitar dicho documento aún cuando sea consciente de que el porteador no dispone de esa información, lo que responde a un criterio objetivo. Mientras que en el supuesto inverso de que, pese a que un documento sea razonablemente necesario, existan motivos para suponer que el porteador dispone ya de esa información, el cargador no estará obligado a facilitar ese documento, lo que responde a un criterio subjetivo.

15. Ahora bien, algunas delegaciones han indicado también que preferirían un texto no basado en criterios de valoración subjetivos, es decir, que el cargador debería estar obligado a facilitar todo documento tan pronto como quepa considerarlo de por sí necesario para la manipulación de las mercancías. Todo criterio subjetivo se presta a confusiones en la práctica. Otra razón alegable para suprimir el segundo criterio sería la de que los dos supuestos considerados, es decir, el de que el documento no sea necesario y el de que el porteador conozca ya la información que contiene, están cubiertos por la primera fórmula "razonablemente necesario". Un documento puede no ser necesario en absoluto para la manipulación de las mercancías o puede no ser necesario por razón de que el porteador conozca ya la información que contiene.

16. Una delegación sugirió que se suprimiera el término "razonablemente" del encabezamiento, dado que el cargador debería estar obligado a facilitar todo documento que sea necesario.

17. Algunas delegaciones pidieron también que se insertara en el texto original del artículo 30 c) una referencia al artículo 38 1) a) concerniente a la descripción de las mercancías. Ello haría que la responsabilidad concerniente a la descripción de las mercancías pasara a ser una responsabilidad estricta o absoluta con arreglo a lo dispuesto en el artículo 31 2). En sentido contrario, algunas delegaciones han indicado que la responsabilidad por todo incumplimiento del artículo 30 debe basarse plenamente en la prueba de la negligencia del cargador. Se estima que la imposición de una responsabilidad estricta constituiría una carga excesiva para el cargador.

18. Algunas delegaciones opinaron que deberían suprimirse los términos entre corchetes del encabezamiento por enunciar ideas que estaban ya implícitas, mientras que otros opinaron que esos términos debían ser mantenidos en el texto.

19. Respecto de la referencia a la oportunidad, exactitud y la integridad de la información facilitada, procedía recordar que a tenor de la variante B del artículo 31 2), se considerará que el cargador garantiza esa oportunidad, exactitud e integridad respecto de los datos a que se hace referencia en los apartados b) y c) del artículo 30.

20. Sobre la base de lo hasta aquí dicho, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la siguiente variante del texto del artículo 30 que figura en A/CN.9/WG.III/WP.56:

> *El cargador deberá facilitar oportunamente al porteador toda la información, las instrucciones, y los documentos que sean razonablemente necesarios para:*
>
> *a) La manipulación y el transporte de las mercancías, incluidas las precauciones que deba adoptar el porteador o una parte ejecutante;*
>
> *b) La observancia de toda norma legal o reglamentaria y de toda otra obligación impuesta por las autoridades respecto del transporte previsto, así como respecto de toda licencia concerniente a las mercancías y de toda instancia o solicitud que deba presentarse;*
>
> *c) La compilación de los datos del contrato y la emisión de todo título o documento electrónico de transporte que se vaya a utilizar, así como los datos a que se hace referencia en el artículo 38 1) [a),] b) y c); el nombre de la parte que se haya de designar como cargador en los datos del contrato; el nombre del consignatario, de haber alguno, y el nombre de la persona a cuya orden se haya de emitir el título de transporte o el documento electrónico de transporte, caso de ser emitido.*

V. Fundamento de la responsabilidad del cargador (proyecto de artículo 31, artículo 29 de la versión anterior)

21. EL artículo 31 regula la responsabilidad del cargador. En el párrafo 1 se sienta el principio de la negligencia como fundamento general de la responsabilidad. Pero el párrafo 2 modifica lo dispuesto en el párrafo 1 al sentar el principio de la estricta responsabilidad del cargador por el incumplimiento de alguna de sus obligaciones con arreglo a los apartados b) y c) del artículo 30. La diferencia entre la variante A y la variante B radica en que con arreglo a la variante A la responsabilidad estricta del cargador se extiende a la obligación de facilitar información y no solo a la exactitud e integridad de la misma. Según la variante B, la responsabilidad estricta del cargador concierne únicamente a la oportunidad, exactitud e integridad de la información facilitada. La obligación de facilitar información está sujeta a la responsabilidad general del cargador regulada por el párrafo 1. A ese respecto, resulta algo extraño que se haya incluido la noción de oportunidad en la variante B, ya que ello supone que la obligación del cargador de facilitar información y la oportunidad de esa información se rigen por los regímenes de responsabilidad diferentes.

22. La mayoría de las delegaciones se mostraron favorables a la variante A del párrafo 2. Las razones alegadas a dicho respecto variaban mucho de una delegación a otra. Algunas delegaciones dijeron que preferían el texto de la variante A por su mayor sencillez y claridad. Otras delegaciones dijeron que deseaban que se enunciara claramente la obligación de que la información facilitada por el cargador fuera correcta lo que estaba más explícitamente regulado por la variante B. Y por último, algunas delegaciones insistieron en que deseban que la responsabilidad estricta fuera aplicable no solo a la exactitud e integridad de la información, sino también a la obligación de facilitar la información requerida.

23. Las delegaciones que se mostraron favorables a la variante B tienden a insistir en la necesidad de buscar un equilibrio entre la responsabilidad del porteador y la del cargador. De imponerse una responsabilidad estricta respecto de la mayor parte de las obligaciones enunciadas en el artículo 30, se estaría imponiendo una carga excesiva sobre el cargador, habida cuenta de que la responsabilidad del porteador está fundada en la negligencia. Otra razón alegable a favor de la variante B es la de que la obligación del cargador de facilitar información, con arreglo al artículo 30, se limita a la obligación de presentar toda aquella información que sea razonablemente necesaria. Ello dificulta de por sí la imposición de una responsabilidad estricta respecto de dicha obligación. En cambio, puesto que la información *efectivamente facilitada* debe ser exacta, el cargador debe ser estrictamente responsable de que ello sea así.

24. Determinar si la obligación de facilitar la información prescrita por los apartados b) y c) del artículo 30 debe o no estar sujeta al criterio de la responsabilidad estricta es cuestión de política legislativa. Algunas delegaciones insistieron durante las negociaciones en la importancia de que se impusiera una responsabilidad estricta sobre la obligación de informar con arreglo a los apartados b) y c) del artículo 30, y en particular en lo concerniente a la información requerida a tenor del apartado b).

25. Algunas delegaciones han indicado asimismo que les gustaría limitar el alcance de esta disposición a la relación entre el cargador y el porteador. Se ha sugerido a dicho fin que se inserte en el párrafo 1 las palabras “frente al porteador” y que se suprima el párrafo 3.

26. Atendiendo a dichos pareceres, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la siguiente variante del texto del artículo 31:

> *1. El cargador será responsable frente al porteador de toda pérdida, daño o lesión corporal causada por las mercancías, y de todo incumplimiento de sus obligaciones con arreglo al artículo 28 y al artículo 30. El cargador quedará exonerado de la totalidad o de parte de su responsabilidad si demuestra que la causa o una de las causas de la pérdida, del daño o de la lesión corporal no es imputable a falta suya ni de persona alguna a la que se haga referencia en el artículo 35.*
>
> *2. Se considerará que el cargador garantiza al porteador, en el momento de recibir este las mercancías, la exactitud de la información, de las instrucciones y de los documentos que le haya facilitado con arreglo al artículo 30. El cargador deberá indemnizar al porteador de toda pérdida, daño, demora o gasto que se ocasione o que resulte de que la información,*

las instrucciones o los documentos facilitados no sean exactos, salvo que la falta de exactitud sea imputable al porteador o a alguna persona a la que se haga referencia en el artículo 19.

27. La variante propuesta parte de la hipótesis de que la responsabilidad del cargador por no haber facilitado toda información, documentos u otros datos que puedan ser razonablemente necesarios debe estar basada en la negligencia que dicho incumplimiento entrañe, con una inversión de la carga de la prueba (lo que refleja el criterio aplicable a la responsabilidad del porteador) y de que esta disposición será únicamente aplicable a la relación entre el cargador y el porteador. De retenerse la variante A del texto original del párrafo 2, es probable que se modifique el alcance de esta regla, dado que ello hará que el cargador sea estrictamente responsable de su obligación de facilitar información con arreglo a los apartados b) y c) del artículo 30.

28. Conforme al párrafo 2 de la variante propuesta, el cargador será estrictamente responsable de toda inexactitud de la información que facilite, salvo que haya sido causada por el porteador o por alguna persona que dependa del porteador. Su texto es aplicable a la totalidad del artículo 30 y no únicamente a lo dispuesto en sus apartados b) y c).

29. Se ha omitido el párrafo 3 a raíz de lo que se dijo acerca del alcance de este artículo.

VI. Falsedad en lo declarado por el cargador (proyecto de artículo 32, artículo 29 *bis* de la versión anterior)

30. Una clara mayoría de las delegaciones expresaron el parecer de que esta disposición no es aceptable. Muchas de esas delegaciones propusieron asimismo que se suprimiera, por razón de su índole punitiva, dado que para establecer la responsabilidad no se exige relación causal alguna entre la falsedad de lo declarado y la demora, pérdida o daño de las mercancías. Se ha señalado también que si, por ejemplo, se produce una demora a raíz de una declaración falsa del cargador, el porteador estaría ya exonerado de responsabilidad con arreglo a lo dispuesto en el artículo 17.

31. Algunas delegaciones se expresaron a favor de esta disposición, alegando la importancia de que el cargador facilite información correcta al porteador, ya que toda falsedad en lo declarado puede ocasionar daños al porteador. Ahora bien, cabe argumentar que esta cuestión está ya resuelta en el artículo 30 que hace responsable al cargador de toda falsedad en la información facilitada, y particularmente por su párrafo 2 que lo hace estrictamente responsable de la exactitud de la información presentada.

VII. Reglas especiales aplicables a las mercancías peligrosas (proyecto de artículo 33, artículo 30 de la versión anterior)

32. Una mayoría de las delegaciones ha indicado que preferiría que no se formulara definición alguna o que la definición fuera formulada en términos sencillos y más genéricos que los de la definición propuesta en A/CN.9/WG.III/WP.39. Las razones alegadas para no valerse de la definición del Convenio Internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas, 1996, ("Convenio SNP") fueron que el Convenio SNP cumple una función pública de amparo del medio ambiente y de los intereses de terceros, y no una función privada, y la de que una definición técnica entraña siempre el riesgo de que quede pronto desfasada. Aquellas delegaciones que se pronunciaron a favor de que se enunciara una definición genérica, alegaron que esa definición evitaría que se dieran interpretaciones jurisprudenciales divergentes de la noción de mercancías peligrosas, obrando así al servicio de la uniformidad.

33. En el documento A/CN.9/WG.III/WP.56, la Secretaría ha propuesto ya una definición más genérica del término "mercancías peligrosas" en el párrafo 1 del proyecto de artículo 33. En los párrafos 2 y 3 de ese mismo artículo se prescribe que el cargador debe marcar y etiquetar las mercancías peligrosas, debiendo además informar al porteador de la índole o del estado peligroso de las mercancías. De no obrar así, el porteador será estrictamente responsable de toda pérdida, daño o demora y de los gastos que resulten directamente o indirectamente de su incumplimiento. Respecto de la obligación de informar, el cargador será únicamente responsable si el porteador no pudo enterarse, por algún otro conducto, de la índole o estado peligroso de las mercancías.

VIII. Asunción de los derechos y obligaciones del cargador (proyecto de artículo 34, artículo 31 de la versión anterior)

34. Algunas delegaciones han expresado el parecer de que se debe suprimir esta disposición, para lo que se ha alegado que este capítulo debe limitarse a regular la relación entre el porteador y el cargador, y que la situación de un vendedor con arreglo a una cláusula "FOB" (franco a bordo) no debe regularse en un convenio sobre el transporte de mercancías sino en una convención sobre la compraventa.

35. Ahora bien, la mayoría de las delegaciones se mostraron favorables a que se regulara la responsabilidad de un vendedor FOB, que de hecho suele ser el cargador. Se trata de un problema práctico y se ha indicado que no está aún clara la relación entre un vendedor FOB y el porteador. El resultado de la regla propuesta sería que el porteador podría reclamar directamente una indemnización del cargador efectivo que, por su parte, podría oponer toda excepción prevista en el capítulo relativa a las obligaciones del cargador. En la mayoría de los países esta cuestión suele estar actualmente regulada por la normativa general aplicable a la responsabilidad civil o extracontractual.

36. Unas cuantas delegaciones se refirieron a la formulación del texto de este artículo. Una de ellas se pronunció en contra del término “acepta”, que resultaba demasiado vago, y a favor de “recibe”.

37. Otra de las delegaciones preferiría que el cargador efectivo de las mercancías sea tenido por responsable si “acepta” ser designado cargador en los datos del contrato. Conforme a esta postura la persona así tenida por cargador quedará exonerada de responsabilidad si prueba no ser ella el cargador, al dar a conocer la identidad del verdadero cargador.

38. Algunas delegaciones han indicado también que les gustaría que esta disposición enunciara explícitamente que el cargador contractual y el cargador efectivo de las mercancías sean mancomunadamente responsables. Ahora bien, una de las delegaciones expresó el parecer de que con tal de que el cargador efectivo sea responsable, cabría exonerar al cargador contractual de su responsabilidad. Se adujo a favor de este parecer que de lo contrario el porteador se encontraría en una situación más favorable que en una venta “CIF” (costo, seguro, flete), ya que con arreglo a esta cláusula el porteador podrá únicamente reclamar indemnización frente al cargador (es decir frente al vendedor en el marco de un contrato de venta), pero sin que pueda reclamarla del consignatario (es decir, del comprador en el marco de un contrato de venta).

39. A la luz de esas consideraciones, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar el siguiente texto:

> *1. Si una persona designada como “cargador” en los datos del contrato, pese a no serlo en el sentido de la definición dada en el párrafo h) del artículo 1, recibe el título de transporte o el documento electrónico de transporte, dicha persona: a) quedará sujeta a las obligaciones y responsabilidades que incumben al cargador con arreglo a lo dispuesto en el presente capítulo y en el artículo 59; y b) gozará de los derechos y de las exoneraciones que el presente capítulo y el capítulo 14 reconocen al cargador.*
>
> *2. Lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo no afectará a las obligaciones del cargador, ni a su responsabilidad, sus derechos o sus exoneraciones.*

IX. Responsabilidad subsidiaria del cargador (proyecto de artículo 35, artículo 32 de la versión anterior)

40. La mayoría de las delegaciones se mostró favorable a este artículo. No obstante, una de ellas expresó el parecer de que no era necesario que el futuro convenio regulara la responsabilidad del cargador como reflejo de la responsabilidad del porteador, por lo que convendría dejar esta cuestión al arbitrio del derecho interno. Entre las delegaciones que se mostraron favorables a que se regulara la responsabilidad subsidiaria del cargador, algunas hicieron observaciones concernientes al texto de este artículo. Según uno de esos pareceres la primera oración es repetitiva. Otra de las delegaciones sugirió la necesidad de que se indicara explícitamente que el cargador no será responsable en todo supuesto en el que la ejecución de lo estipulado sea delegada al porteador o a una parte ejecutante

designada por el cargador, por ejemplo con arreglo a una cláusula "gastos de carga (, estiba)" y descarga no incluidos en el flete o cláusula "FIOS".

41. Sobre la base de esas observaciones el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar el texto siguiente:

1. El cargador será responsable de los actos y omisiones de toda persona, incluido todo subcontratista, empleado o agente, en la que haya delegado el cumplimiento de alguna de sus obligaciones enunciadas en el presente capítulo al igual que si dichos actos u omisiones fueran suyos. Con arreglo al presente artículo, la responsabilidad solo recaerá en el cargador cuando dicha persona haya cometido el acto o la omisión de que se trate en el ejercicio de alguna función que tenga asignada en su condición de subcontratista, empleado o agente del cargador.

2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, el cargador no será responsable de los actos y omisiones del porteador o de una parte ejecutante en la que el porteador haya delegado el cumplimiento de sus obligaciones con arreglo al presente capítulo.

X. Extinción de la responsabilidad del cargador (proyecto de artículo 36, artículo 43 2) de la versión anterior)

42. Este artículo no fue abordado en el cuestionario por encontrarse anteriormente en el capítulo 9 concerniente al flete, actualmente suprimido. Lo dispuesto en el artículo 36 deberá ser examinado en relación con el artículo 94. Se diría que la cuestión regulada en el artículo 36 ha sido ya regulada en el párrafo 2 del artículo 94, que regula con carácter imperativo las obligaciones y la responsabilidad del cargador y de las personas a las que se hace referencia en el artículo 34. En caso de suprimirse el texto del párrafo 2 del artículo 94, que figura actualmente entre corchetes, lo dispuesto en el artículo 34 sería contrario al principio enunciado en el párrafo 1 del artículo 94, que permite estipular condiciones que sean más favorables al cargador.

I. Nota de la Secretaría sobre derecho del transporte: proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías, presentada al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 16º período de sesiones

(A/CN.9/WG.III/WP.56) [Original: inglés]

Índice

	Anexo I *Página*	Anexo II *Página*
Introducción	5	
Proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías	7	87
Capítulo 1. Disposiciones generales	7	87
Artículo 1. Definiciones	7	87
Artículo 2. Interpretación del presente Convenio	12	92
Artículo 3. Requisitos de forma	12	93
Artículo 4. Aplicabilidad de las excepciones y límites	13	93
Capítulo 2. Comunicación electrónica	13	94
Artículo 5. Empleo y validez de las comunicaciones electrónicas	13	94
Artículo 6. Procedimientos para la utilización de documentos electrónicos de transporte negociables	14	94
Artículo 7. Sustitución de un título de transporte negociable por un documento electrónico de transporte negociable	14	95
Capítulo 3. Ámbito de aplicación	15	95
Artículo 8. Ámbito de aplicación general	15	95
Artículo 9. Exclusiones e inclusiones de su régimen	16	96
Artículo 10. Aplicación a ciertas partes en la operación	16	97
Capítulo 4. Período de responsabilidad	17	97
Artículo 11. Período de responsabilidad del porteador	17	97
Artículo 12. Transporte más allá de lo estipulado en el contrato de transporte	18	98
Capítulo 5. Obligaciones del porteador	18	99
Artículo 13. Transporte y entrega de las mercancías	18	99
Artículo 14. Obligaciones específicas	19	99
Artículo 15. Mercancías que puedan constituir un peligro	19	100
Artículo 16. Obligaciones propias de la travesía por mar	20	100
Capítulo 6. Responsabilidad del porteador por pérdida, daño o demora	21	101
Artículo 17. Fundamento de la responsabilidad	21	101
Artículo 18. Responsabilidad del porteador por no haber facilitado información e instrucciones	23	104
Artículo 19. Responsabilidad subsidiaria del porteador	23	104
Artículo 20. Responsabilidad de una parte ejecutante marítima	24	104
Artículo 21. Responsabilidad mancomunada y solidaria, y compensación	25	106
Artículo 22. Demora	26	107
Artículo 23. Cálculo de la indemnización	26	107
Artículo 24. Aviso en caso de pérdida, daño o demora	27	107

	Anexo I	Anexo II
Capítulo 7. Disposiciones adicionales relativas a ciertas etapas del transporte	28	109
Artículo 25. Desvío de ruta durante el transporte por mar	28	109
Artículo 26. Carga sobre cubierta a bordo de un buque	29	110
Artículo 27. Tramo que preceda o que siga al transporte por mar	30	111
Capítulo 8. Obligaciones del cargador	31	112
Artículo 28. Entrega de las mercancías listas para su transporte	31	112
Artículo 29. Obligación del porteador de facilitar información e instrucciones	32	113
Artículo 30. Obligación del cargador de facilitar información, instrucciones y documentos	32	113
Artículo 31. Fundamento de la responsabilidad del cargador	33	114
Artículo 32. Falsedad en lo declarado por el cargador	34	115
Artículo 33. Reglas especiales aplicables a las mercancías peligrosas	34	116
Artículo 34. Asunción de los derechos y obligaciones del cargador	35	117
Artículo 35. Responsabilidad subsidiaria del cargador	35	117
Artículo 36. Extinción de la responsabilidad del cargador	35	117
Capítulo 9. Títulos de transporte y documentos electrónicos de transporte	36	118
Artículo 37. Emisión de un título de transporte o de un documento electrónico de transporte	36	118
Artículo 38. Datos del contrato	36	119
Artículo 39. Firma	38	120
Artículo 40. Deficiencias en los datos del contrato	38	120
Artículo 41. Reservas concernientes a la descripción de las mercancías en los datos del contrato	39	121
Artículo 42. Medios de verificación razonables y la actuación de buena fe	40	123
Artículo 43. Prueba rebatible y prueba concluyente	41	123
Artículo 44. Fuerza probatoria de una cláusula de reserva	41	124
Artículo 45. “Flete pagado de antemano”	42	126
Capítulo 10. Entrega al consignatario	42	127
Artículo 46. Obligación de aceptar la entrega	42	127
Artículo 47. Obligación de acusar recibo	43	128
Artículo 48. Entrega en caso de no haberse emitido ni título de transporte negociable ni documento electrónico de transporte negociable	43	128
Artículo 49. La entrega, caso de haberse emitido un título de transporte negociable o un documento electrónico de transporte negociable	44	129
Artículo 50. Incumplimiento de la obligación de dar las instrucciones debidas	47	132
Artículo 51. Imposibilidad de efectuar la entrega	47	132
Artículo 52. Notificación de llegada a su lugar de destino	48	133
Artículo 53. Responsabilidad del porteador por mercancías que no haya podido entregar	48	133
Capítulo 11. Derecho de control	49	134
Artículo 54. Definición del derecho de control	49	134
Artículo 55. Modificaciones del contrato de transporte	49	135
Artículo 56. Reglas aplicables a todo título de transporte o documento electrónico de transporte emitido	50	135
Artículo 57. Ejecución de las instrucciones por el porteador	52	137

	Anexo I	Anexo II
Artículo 58. Entrega presumible	54	139
Artículo 59. Obligación de facilitar información o documentos y de dar instrucciones al porteador	54	140
Artículo 60. Modificación por acuerdo	54	140
Capítulo 12. Transferencia de derechos	55	140
Artículo 61. De emitirse un título o un documento electrónico de transporte negociable	55	140
Artículo 62. Responsabilidad del tenedor	55	141
Artículo 63. De no emitirse título o documento electrónico de transporte negociable alguno	56	142
Capítulo 13. Limitación de la responsabilidad	57	143
Artículo 64. Límites básicos de la responsabilidad	57	143
Artículo 65. Responsabilidad por toda pérdida imputable a demora	59	145
Artículo 66. Pérdida del derecho a limitar la responsabilidad	60	146
Capítulo 14. Derechos de acción o procesales	60	147
Artículo 67. Partes	60	147
Artículo 68. Caso de haberse emitido un título de transporte negociable o un documento electrónico de transporte negociable	61	148
Capítulo 15. Plazo para presentar una demanda	62	148
Artículo 69. Prescripción de acciones	62	148
Artículo 70. Comienzo del plazo de prescripción	63	149
Artículo 71. Prórroga del plazo de prescripción	63	150
Artículo 72. Acción de repetición o de resarcimiento	63	150
Artículo 73. Reconvención	64	151
Artículo 74. Acciones contra el fletador de un buque fletado a casco desnudo	65	151
Capítulo 16. Vía judicial	65	152
Artículo 75. Acciones contra el porteador	65	152
Artículo 76. Acuerdos de jurisdicción o competencia exclusiva	66	152
Artículo 77. Acciones contra una parte ejecutante marítima	67	153
Artículo 78. Ningún foro competente adicional	67	154
Artículo 79. Embargo y medidas cautelares	67	154
Artículo 80. Consolidación y traslado de las actuaciones	68	155
Artículo 81. Acuerdo concertado a raíz de la controversia	69	156
Capítulo 17. Vía arbitral	69	156
Variante A. Artículo 82.	69	156
Artículo 83.	69	157
Artículo 84.	70	157
Artículo 85.	70	157
Artículo 85 *bis*.	70	157
Artículo 86.	70	157
Variante B. Artículo 82.	70	158
Artículo 83.	71	158
Artículo 84.	71	158
Artículo 85.	71	158
Artículo 86.	71	158
Capítulo 18. Avería gruesa	71	159
Artículo 87. Disposiciones sobre la avería gruesa	71	159
Artículo 88. Contribución a raíz de una avería común o gruesa	71	159

	Anexo I	Anexo II
Capítulo 19. Otros convenios	72	159
Artículo 89. Regímenes internacionales aplicables a otras modalidades de transporte	72	159
Artículo 90. Primacía sobre convenios anteriores	73	160
Artículo 91. Limitación global de la responsabilidad	73	160
Artículo 92. Otros regímenes aplicables al transporte de pasajeros y equipaje	73	160
Artículo 93. Otras disposiciones sobre daños causados por accidentes nucleares	73	160
Capítulo 20. Validez de las estipulaciones contractuales	74	161
Artículo 94. Disposiciones generales	74	161
Artículo 95. Régimen especial de los contratos por volumen de carga	75	162
Artículo 96. Régimen especial aplicable a los animales vivos y a algunas otras mercancías	76	163
Capítulo 21. Disposiciones finales	77	164
Artículo 97. Depositario	77	164
Artículo 98. Firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión	77	164
Artículo 99. Reservas	77	164
Artículo 100. Aplicación a las unidades territoriales de los Estados	77	164
Artículo 101. Entrada en vigor	78	165
Artículo 102. Denuncia de otros convenios	78	165
Artículo 103. Revisión y enmienda	79	166
Artículo 104. Enmienda de los límites fijados	80	167
Artículo 105. Denuncia del presente Convenio	82	169

Introducción

1. En su 34º período de sesiones, en 2001, la Comisión estableció el Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) y le encomendó la tarea de preparar, en estrecha colaboración con otras organizaciones internacionales interesadas, un instrumento de rango legal sobre cuestiones concernientes al transporte internacional de mercancías, tales como el ámbito de aplicación del nuevo instrumento preconizado, el período de responsabilidad del porteador, las obligaciones del porteador, la responsabilidad del porteador, las obligaciones del cargador y los documentos de transporte[i]. El Grupo de Trabajo comenzó sus deliberaciones sobre un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías en su noveno período de sesiones en 2002. La compilación más reciente de referencias concernientes al historial legislativo del proyecto de instrumento figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.48.

2. El anexo I del presente documento contiene una versión revisada y consolidada de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías preparado por la Secretaría para su examen por el Grupo de Trabajo. Si bien el Grupo de Trabajo no ha completado aún su segunda lectura del proyecto de convenio, el elevado número de revisiones de la versión consolidada más reciente del proyecto de convenio (que figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32) a las que el Grupo de Trabajo ha dado su aprobación justifica que se publique ahora esta nueva versión consolidada. Los cambios introducidos en el anterior texto refundido examinado por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/WG.III/WP.32) pueden verse indicados en las notas del nuevo texto por referencia al documento de trabajo en el que esté publicada dicha versión revisada provisional (A/CN.9/WG.III/WP.36, A/CN.9/WG.III/WP.39, A/CN.9/WG.III/WP.44 o A/CN.9/WG.III/WP.47), o por referencia al párrafo del informe en el que se haya publicado dicho texto revisado (A/CN.9/572 o A/CN.9/576). Para facilitar su eventual consulta y facilitar asimismo las deliberaciones del Grupo de Trabajo, en el anexo II del presente documento puede verse el mismo documento que en el anexo I, pero con textos tachados y subrayados para indicar los cambios efectuados en la versión previamente publicada de cada artículo del texto. Cuando las correcciones, aclaraciones, mejoras y reubicaciones sugeridas se refieren únicamente a cuestiones de redacción, esos cambios podrán verse indicados únicamente por las tachaduras y el subrayado del texto, sin ninguna explicación adicional. Ahora bien, en aquellos puntos en los que se sugieren cambios del texto de índole más sustantiva, esos cambios podrán verse explicados en las notas de pie de página o mediante la presentación de ciertas nuevas variantes del texto.

---

[i] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17* y corrección (A/56/17 y Corr.3), párr. 345.

Anexo I

Proyecto de convenio[1] sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías[2]

CAPÍTULO 1. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Definiciones

A los efectos del presente Convenio:

a) Por "contrato de transporte" se entenderá todo contrato por el que un porteador se comprometa, a cambio del pago de un flete, a transportar mercancías de un lugar a otro. Dicho contrato deberá prever un tramo marítimo y podrá prever tramos complementarios del tramo marítimo en los que se recurra a otras modalidades de transporte[3].

b) Por "contrato por volumen de carga" se entenderá todo contrato que prevea el transporte de cierta cantidad de carga, en una serie de remesas, durante cierto período de tiempo contractualmente estipulado. Cabrá estipular una cantidad mínima y máxima, así como una cierta escala de cantidades[4].

c) Por "transporte por servicio no regular" se entenderá todo transporte que no se haga por servicio de línea. Para los fines del presente párrafo, se entenderá por "transporte por servicio de línea" todo servicio de transporte que i) se ofrezca al público mediante algún anuncio o medio similar de publicidad y ii) que incluya el transporte en buques que navegan con regularidad entre puertos previamente designados y de conformidad con un calendario de fechas de navegación anunciado al público[5].

d) Por "porteador" se entenderá toda persona que concierte un contrato de transporte con un cargador.

e) Por "parte ejecutante" se entenderá toda persona que no sea el porteador que ejecute o que se comprometa a ejecutar alguna de las obligaciones que tenga el porteador en virtud de un contrato de transporte en lo concerniente a la recepción, la carga, la manipulación, la estiba, el transporte, el cuidado, la descarga o la entrega[6] de las mercancías, en la medida en que dicha persona actúe, directa o

---

[1] Sin tratar de predeterminar la forma del presente instrumento, se ha sustituido la palabra "Instrumento" por "Convenio" a lo largo de todo el texto, con miras a dotarlo de mayor coherencia.

[2] Como se indica en el párrafo 2 de A/CN.9/WG.III/WP.36, el Grupo de Trabajo decidió mantener, sin cambios, el título actual para su ulterior examen.

[3] Texto enunciado en el párrafo 52 de A/CN.9/576, y aprobado para su ulterior examen en párrafos 53 y 58 de A/CN.9/576.

[4] Correcciones del texto enunciado en párrafo 52 de A/CN.9/576, conforme fue aprobado para su ulterior examen en párrafo 58 de A/CN.9/576. Enmienda sugerida como respuesta a las inquietudes concernientes al texto entre corchetes "cierta cantidad mínima de".

[5] Texto enunciado en párrafo 52 de A/CN.9/576, aprobado para su ulterior examen en párrafo 58 de A/CN.9/576.

[6] Lista ampliada para reflejar las obligaciones enunciadas en el artículo 14 1).

indirectamente, a instancia del porteador o bajo su supervisión o control. El término "parte ejecutante" engloba a la parte ejecutante marítima y a la no marítima conforme se definen en los apartados f) y g) del presente párrafo, pero no incluye a persona alguna que haya sido contratada por un cargador, ni a persona alguna a la que se haga referencia en el artículo 34, ni al consignador, la parte controladora[7] o el consignatario, ni a ninguna persona que sea empleado, agente, contratista, o subcontratista de alguna persona (distinta del porteador) que haya sido contratada por un cargador, ni a persona alguna a la que se haga referencia en el artículo 34, ni al consignador, la parte controladora o el consignatario[8].

f) Por "parte ejecutante marítima" se entenderá toda parte ejecutante que cumpla alguna de las obligaciones del porteador durante el período que medie entre la llegada de las mercancías al puerto de carga [o, en caso de trasbordo, al primer puerto de carga] de un buque y su salida del puerto de descarga de un buque [o del último puerto de descarga, según sea el caso][9]. De efectuarse un trasbordo, toda parte ejecutante que cumpla alguna de las obligaciones del porteador por vía terrestre, durante el período que medie entre la salida de las mercancías de un recinto portuario y su llegada a otro puerto de carga no será parte ejecutante marítima[10].

g) Por "parte ejecutante no marítima" se entenderá toda parte ejecutante que cumpla alguna de las obligaciones del porteador previas a la llegada de las mercancías al puerto de carga o subsiguientes a la salida de las mercancías del puerto de descarga[11].

h) Por "cargador" se entenderá toda persona que concierte un contrato de transporte con un porteador.

i) Por "consignador" se entenderá toda persona que entregue las mercancías al porteador o a una parte ejecutante para su transporte.

---

[7] Lista ampliada para reflejar también las partes de que se habla en el artículo 10.

[8] Las correcciones se hacen al texto del párrafo 4 de A/CN.9/WG.III/WP.36.

[9] Como se indica en la nota 9 de A/CN.9/WG.III/WP.36, recibió apoyo la sugerencia de que los recorridos por tierra en el interior de la zona portuaria quedaran englobados por la definición de parte ejecutante marítima, pero, según la opinión más compartida, todo desplazamiento entre dos puertos distintos debería ser considerado como función que corresponde a una parte ejecutante no marítima. Esta precisión se conseguiría insertando la frase "incluido todo desplazamiento terrestre en el interior de un mismo recinto portuario". Se sugirió además en párrafo 31 de A/CN.9/544 que todo transportista ferroviario sería considerado como parte ejecutante no marítima, aun cuando transportara las mercancías en el interior de un único recinto portuario. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar esta sugerencia.

[10] Las correcciones se hacen al texto del párrafo 4 de A/CN.9/WG.III/WP.36.

[11] Como se indica en la nota 10 de A/CN.9/WG.III/WP.36, se expresó cierta duda respecto de la conveniencia de que la definición se ocupara del supuesto de una parte ejecutante que actuara en un Estado no contratante. Se sugirió que esta cuestión se tratara ulteriormente, cuando se tuviera una visión general del convenio y atendiendo a la inquietud suscitada por el posible abuso de la denominada búsqueda de foros de conveniencia (*forum-shopping*), y por la ejecutoriedad tal vez problemática de los fallos judiciales extranjeros.

j) Por "tenedor" se entenderá

i) toda persona que de momento esté en posesión de un título de transporte negociable y,

a) caso de que el documento sea un título a la orden, esa persona esté identificada en dicho título como el cargador o el consignatario, o sea la persona a la que el título haya sido debidamente endosado, o

b) caso de que el documento sea un título a la orden endosado en blanco o un título al portador, esa persona sea su portador; o

ii) toda persona a la que se haya emitido o transferido un documento electrónico de transporte negociable y que goce del control exclusivo de dicho documento electrónico de transporte[12].

k) Por "consignatario" se entenderá toda persona que tenga derecho a hacerse cargo, a su entrega, de las mercancías en virtud de un contrato de transporte, de un título de transporte o de un documento electrónico de transporte.

l) Por "derecho de control" se entenderá el significado que se da a este término en el artículo 54.

m) Por "parte controladora" se entenderá toda persona que con arreglo al artículo 56 tenga derecho a ejercer el derecho de control.

n) Por "título de transporte" se entenderá todo documento emitido con arreglo a un contrato de transporte por el porteador o por una parte ejecutante que cumpla una o las dos condiciones siguientes:

i) deje constancia de que el porteador o una parte ejecutante ha recibido las mercancías con arreglo a un contrato de transporte, o

ii) deje constancia del contrato de transporte o lo contenga.

o) Por "título de transporte negociable" se entenderá todo documento de transporte que dé a conocer mediante indicaciones como "a la orden" o "negociable", o mediante cualquier otra indicación apropiada a la que la ley aplicable al documento reconozca el mismo efecto, que las mercancías se han consignado a la orden del cargador o del consignatario, o al portador del título, y que no lleve una declaración explícita de que dicho título "no es negociable".

p) Por "título de transporte no negociable" se entenderá todo documento que no reúna las condiciones de un título de transporte negociable.

q) Por "comunicación electrónica" se entenderá toda información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos, digitales o análogos con el resultado de que la información comunicada esté accesible para su ulterior consulta[13].

---

[12] Texto enunciado en párrafo 3 de A/CN.9/WG.III/WP.47, conforme fue revisado para su ulterior examen en párrafo 207 de A/CN.9/576.

[13] Aclaración sugerida a fin de que el proyecto de convenio no establezca ninguna distinción innecesaria entre los medios de transmisión y la forma en que se almacenen o archiven los datos. La definición de "comunicación electrónica" está basada en la definición de "mensaje de

r) Por "documento electrónico de transporte" se entenderá la información consignada en uno o más mensajes emitidos por vía electrónica con arreglo a un contrato de transporte, por un porteador o por una parte ejecutante, así como toda información lógicamente asociada al documento electrónico de transporte por haber sido adjuntada o de alguna otra forma vinculada al mismo, por el porteador o por una parte ejecutante, simultáneamente a la emisión del documento o a raíz de su emisión, de tal modo que haya pasado a formar parte del documento electrónico de transporte, y que cumpla una o las dos condiciones siguientes:

i) deje constancia de que el porteador o una parte ejecutante ha recibido las mercancías con arreglo a un contrato de transporte, o

ii) deje constancia de un contrato de transporte o lo contenga[14].

s) Por "documento electrónico de transporte negociable" se entenderá todo documento electrónico de transporte

i) que dé a conocer mediante indicaciones como "a la orden" o "negociable", o mediante cualquier otra indicación apropiada[15] a la que la ley aplicable al documento reconozca el mismo efecto, que las mercancías se han consignado a la orden del cargador o del consignatario, y que no lleve una declaración explícita de que dicho documento "no es negociable", y

ii) cuyo empleo cumpla con los requisitos enunciados en el artículo 6 1)[16].

t) Por "documento electrónico de transporte no negociable" se entenderá todo documento electrónico de transporte que no reúna las condiciones de un documento electrónico de transporte negociable[17].

u) Por "emisión" y "transferencia" de un documento electrónico de transporte negociable se entenderá la emisión y la transferencia de un derecho de control exclusivo sobre dicho documento. [Se entenderá que una persona goza de un

---

datos" del artículo 2 de la Ley Modelo de las Naciones Unidas sobre Comercio Electrónico, 1996, sin la lista ilustrativa de técnicas utilizables. Con arreglo a dicha Ley Modelo y al proyecto de convención de las Naciones Unidas sobre el empleo de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales ("proyecto de convención sobre la contratación electrónica"), Anexo I de *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17,* (A/60/17), no todo mensaje de datos gozará de igual valor que un documento consignado sobre papel, ya que ese valor dependerá de que el mensaje de datos sea "accesible para su ulterior consulta". En dicho proyecto de instrumento, la noción de "comunicación electrónica", incorpora asimismo el criterio de la equivalencia funcional entre el mensaje de datos y el escrito consignado sobre papel enunciado en artículo 6 de la Ley Modelo del Comercio Electrónico y en artículo 9, párrafo 2 del proyecto de convención sobre la contratación electrónica. Toda "comunicación electrónica" reconocida por dicho instrumento deberá ser capaz de replicar las funciones de un escrito consignado sobre papel.

[14] Las correcciones se han hecho al texto enunciado en párrafo 3 de A/CN.9/WG.III/WP.47, que fue aprobado para su ulterior examen en párrafos 207 y 210 de A/CN.9/576.

[15] Conforme aparece en la nota 12 de A/CN.9/WG.III/WP.47, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si se necesita la palabra "apropiada" a luz de la frase "a la que se reconozca el mismo efecto" y si procede alinear con este texto un texto similar que aparece en el proyecto de párrafo 1 o).

[16] Texto enunciado en párrafo 3 de A/CN.9/WG.III/WP.47, y aprobado para su ulterior examen en párrafos 207 y 210 de A/CN.9/576.

[17] Texto enunciado en párrafo 3 de A/CN.9/WG.III/WP.47, y aprobado para su ulterior examen en párrafos 185 y 210 de A/CN.9/576.

control exclusivo sobre un documento electrónico de transporte si el procedimiento empleado con arreglo al artículo 6 designa fiablemente a esa persona como titular de todo derecho incorporado al documento electrónico de transporte negociable.][18]

v) Por "datos del contrato" se entenderá toda la información referente al contrato de transporte o a las mercancías (incluida toda cláusula, anotación, firma o endoso) que esté consignada en un título de transporte o en un documento electrónico de transporte[19].

w) Por "mercancías" se entenderán los géneros, las mercancías y los artículos [de todo tipo que un porteador o una parte ejecutante [haya recibido para su transporte] [se comprometa a transportar a tenor del contrato]] e incluye el embalaje y todo tipo de equipo auxiliar o contenedor que no haya sido proporcionado por el porteador o por una parte ejecutante, o en su nombre[20].

x) Por "buque" se entenderá todo barco utilizado para transportar mercancías por mar[21].

y) Por "contenedor" se entenderá todo tipo de contenedor, plataforma o tanque transportable, o toda otra unidad de carga similar utilizada para agrupar mercancías[22], así como todo equipo accesorio a dicha unidad de carga[23].

z) Por "flete" se entenderá la remuneración abonable al porteador por el transporte de mercancías con arreglo al contrato de transporte[24].

aa) Por "domicilio" se entenderá a) el lugar donde una sociedad mercantil o toda otra persona jurídica [o asociación de personas naturales o jurídicas] tenga i) su sede social o su casa fundacional o su domicilio legal, según sea el caso, ii) su administración central, o iii) su establecimiento principal, y b) el lugar donde una persona natural tenga su residencia habitual[25].

---

[18] Texto enunciado en párrafo 207 de A/CN.9/576 y aprobado para su ulterior examen en párrafo 210 de A/CN.9/576. Como se indicó en párrafo 208 de A/CN.9/576, la segunda oración va entre corchetes a fin de indicar que su texto debe ser de nuevo examinado pero no por albergarse duda alguna acerca de la necesidad de su inclusión. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la sugerencia en párrafo 209 de A/CN.9/576 de que se explique la intención que subyace al texto del presente proyecto en una nota explicativa del proyecto de convenio.

[19] Texto enunciado en el párrafo 3 de A/CN.9/WG.III/WP.47, y aprobado para su ulterior estudio en párrafos 185 y 210 de A/CN.9/576.

[20] Con referencia a lo observado en la nota 15 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se sugirió suprimir la frase "o una parte ejecutante [haya recibido para su transporte]".

[21] Definición que se añade para aclarar y normalizar el empleo de los términos "buque" y "barco", en el entendimiento de que "buque" significa una nave utilizable para la navegación oceánica y "barco" significa todo otro tipo de nave.

[22] Se suprimieron las variantes "[que sea apto para el transporte marítimo]" y "[que esté concebido para el transporte marítimo]" por considerarse que no eran necesarias al regularse estas cuestiones en los proyectos de artículo 64 y 26.

[23] Según la nota del proyecto de artículo 64 3) tal vez sea preciso retocar la definición de "contenedor" para que sea aplicable a las paletas. Se sugiere que de hacerse alguna referencia a "paletas" se haga no aquí sino en el contexto del artículo 64 3).

[24] Se sugiere suprimir esta definición, al haberse suprimido el capítulo dedicado al flete, y su inclusión en la definición de "contrato de transporte" en artículo 1 a).

[25] Retoques del texto sugerido en párrafo 115 de A/CN.9/576. Se sugirió que se hiciera referencia a asociaciones, por agrupar este término a entidades jurídicas que a menudo son propietarias de

[bb) [De no haberse dispuesto otra cosa en el presente Convenio,] se entenderá por "momento de recepción" y "lugar de recepción" de las mercancías el momento y el lugar estipulados en el contrato de transporte o, de no haberse estipulado nada al respecto, el momento y el lugar que sea conforme a la costumbre, a las prácticas o a los usos del comercio. A falta de toda estipulación explícita al respecto en el contrato de transporte, y a falta de toda costumbre, práctica o uso del comercio, se entenderá por momento y lugar de recepción de las mercancías el lugar y el momento en que el porteador o una parte ejecutante se haga efectivamente cargo de las mercancías[26].]

[cc) [De no haberse dispuesto otra cosa en el presente Convenio,] se entenderá por "momento de entrega" y "lugar de entrega" de las mercancías el momento y el lugar estipulados en el contrato de transporte o, de no haberse estipulado nada al respecto, el momento y el lugar que sea conforme a la costumbre, a las prácticas o a los usos del comercio. A falta de toda estipulación explícita al respecto en el contrato de transporte, y a falta de toda costumbre, práctica o uso del comercio, se entenderá por momento y lugar de entrega de las mercancías el momento y el lugar en que se haga la descarga de las mercancías del último medio de transporte en el que sean transportadas con arreglo al contrato de transporte[27].]

Artículo 2. Interpretación del presente Convenio[28]

En la interpretación del presente Convenio, se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional.

---

buques, sin ser necesariamente conceptuables como "persona jurídica". Se han añadido los términos "casa fundacional o domicilio legal" para mayor certeza, dado que el término "sede social" no goza de validez universal. Todos estos cambios son conformes al texto del artículo 60 del Reglamento del Consejo (CE) núm. 44/2001, 22 dic. 2000 sobre la competencia jurisdiccional y el reconocimiento y ejecución de sentencias civiles y mercantiles (Diario Oficial L 12 de 16 de enero de 2002) ("Bruselas I"), de donde se tomó el texto original.

[26] Texto enunciado en párrafo 117 de A/CN.9/576 y aprobado para su ulterior estudio en párrafo 120 de A/CN.9/576. De retenerse esta definición, deberá alinearse su texto con el de los proyectos de artículo 8, 11, 75 y 77.

[27] *Ibid*. Véase nota 26.

[28] Texto enunciado en párrafo 4 de A/CN.9/WG.III/WP.39.

Artículo 3. Requisitos de forma[29]

Toda notificación, confirmación, consentimiento, aceptación, declaración y demás comunicaciones de que se habla en los artículos 20 2), 24 1), 24 2), 24 3), 38 1) b) y c), 41 c), 47, 52, 56 1), 63 2), 64 1), 71, 76, 95 1) y 95 6) b) deberá[30] hacerse por escrito. Cabrá utilizar la vía electrónica para dicho fin, con tal de que el recurso a dicha vía se haga con el consentimiento explícito o implícito del autor de la comunicación y de su destinatario.

Artículo 4. Aplicabilidad de las excepciones y límites[31]

1. Las excepciones y limitaciones de la responsabilidad previstas en el presente Convenio y las obligaciones que impone serán invocables en toda acción interpuesta contra el porteador o contra una parte ejecutante marítima por pérdida o daño de las mercancías, que sean objeto de un contrato de transporte, y por demora en la entrega de dichas mercancías o por incumplimiento de toda otra obligación prevista en el presente Convenio[32], tanto si se trata de una acción nacida del contrato como de una acción por concepto de responsabilidad civil o extracontractual, o por algún otro motivo[33].

2. De entablarse una acción[34] contra un empleado o agente del porteador o contra una parte ejecutante marítima, el demandado gozará de toda excepción y limitación de la responsabilidad invocable por el porteador con arreglo al presente Convenio,

---

[29] Texto enunciado en párrafo 6 de A/CN.9/WG.III/WP.47, con inclusión de referencias a proyectos de artículos 20 2), 64 1), 56 1), 63 2), 95 1) y 95 6) b) y correcciones de la descripción inicial de las formas de comunicación. El Grupo de Trabajo tal vez observe que se ha dejado abierta la presente lista, en espera de su ulterior estudio. El Grupo de Trabajo tal vez estime aconsejable insertar un texto explicativo final en el sentido de que las notificaciones contempladas en el presente convenio que no estén reguladas por el artículo 3 podrán efectuarse por cualquier vía de comunicación, incluso verbalmente o por intercambio de mensajes de datos que no satisfaga la definición de "comunicación electrónica". Un dato esencial de toda "comunicación electrónica" es que sea capaz de reproducir toda función asignable a un escrito consignado sobre papel (véase *supra*, nota 13).

[30] La práctica de la CNUDMI es la de utilizar en la versión inglesa la forma verbal "*shall*", pero se ha sugerido que la práctica legislativa moderna prefiere la forma verbal "*must*". Si bien en la presente versión se ha adoptado este enfoque moderno, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar cuál es la forma verbal que estima preferible.

[31] Las correcciones se hacen al texto enunciado en párrafo 10 de A/CN.9/WG.III/WP.39. Se ha trasladado este artículo al cap. 1 (Disposiciones generales) por referirse a la aplicabilidad general y a la primacía eventual del régimen del futuro convenio y no meramente al tema de la responsabilidad del porteador, en donde figuraba anteriormente.

[32] Se estima que la adición del texto "el incumplimiento de toda otra obligación" hace innecesaria la referencia "[o concerniente a mercancías]".

[33] Conforme se indica en la nota 52 de A/CN.9/WG.III/WP.39 se reconsiderará la índole tal vez repetitiva de los textos del artículo 20 4) y del artículo 4 en el próximo examen que se haga del proyecto de convenio. Los retoques efectuados en estas disposiciones pueden haber remediado este problema.

[34] No se ha repetido el texto "con arreglo al presente convenio" de la regla paralela enunciada en artículo 20 4) por razón de que toda acción entablada contra un empleado o agente no se regirá por el futuro convenio, con la salvedad de la parte ejecutante marítima, regulada en el artículo 20 4).

si [el demandado puede probar que][35] actuó sin salirse del marco de su cometido o de su mandato.

CAPÍTULO 2. COMUNICACIÓN ELECTRÓNICA

Artículo 5. Empleo y validez de las comunicaciones electrónicas[36]

A reserva de los requisitos enunciados en el presente Convenio:

a) todo lo que deba figurar o estar consignado en un título de transporte con arreglo a lo previsto en el presente Convenio podrá ser archivado o comunicado por vía electrónica[37] en vez de por medio de un título de transporte, siempre que la emisión y subsiguiente utilización de un documento electrónico de transporte se haga con el consentimiento explícito o implícito del porteador y del cargador; y

b) la emisión, el control, o la transferencia de un documento electrónico de transporte surtirá el mismo efecto que la emisión, la posesión o la transferencia de un título de transporte.

Artículo 6. Procedimientos para la utilización de documentos electrónicos de transporte negociables[38]

1. La utilización de un documento electrónico de transporte negociable deberá supeditarse a ciertos procedimientos que prevean:

a) El empleo de un método utilizable para emitir y transferir[39] ese documento al tenedor designado;

b) La seguridad de que el documento electrónico de transporte negociable emitido mantendrá su integridad;

c) La manera por la que el tenedor de un documento electrónico podrá demostrar su condición de tal; y

d) La manera por la que se confirmará que la entrega se ha efectuado al tenedor del documento; o que, conforme a lo previsto en los artículos 7 2) o 49 a) ii), el documento electrónico de transporte negociable ha perdido toda validez o eficacia.

---

[35] El Grupo de Trabajo tal vez desee que se suprima el texto entre corchetes a fin de mitigar la carga de la prueba impuesta sobre el empleado o agente.

[36] Texto enunciado en párrafo 4 de A/CN.9/WG.III/WP.47, y aprobado para su ulterior estudio en párrafo 187 de A/CN.9/576.

[37] Texto enunciado en párrafo 4 de A/CN.9/WG.III/WP.47, conforme fue revisado para su ulterior estudio en párrafo 187 de A/CN.9/576.

[38] Texto enunciado en párrafo 7 de A/CN.9/WG.III/WP.47, y aprobado en párrafos 207 y 210 de A/CN.9/576, para su ulterior estudio.

[39] Texto enunciado en párrafo 7 de A/CN.9/WG.III/WP.47, conforme fue revisado en párrafos 207 y 210 de A/CN.9/576, para su ulterior estudio.

2. Los procedimientos exigibles a tenor del párrafo 1 deberán estar indicados en los datos del contrato y ser fáciles de verificar[40].

Artículo 7. Sustitución de un título de transporte negociable por un documento electrónico de transporte negociable[41]

1. De haberse emitido un título de transporte negociable y de convenir el porteador y el tenedor del título en sustituirlo por un documento electrónico de transporte negociable:

a) El tenedor deberá devolver dicho título, o todos los títulos si se emitió más de uno, al porteador;

b) El porteador deberá emitir a dicho tenedor un documento electrónico de transporte negociable, en donde se declare que el documento así emitido sustituye al título de transporte negociable; y

c) El título de transporte negociable quedará privado, a partir de ese momento, de toda validez o eficacia.

2. De haberse emitido un documento electrónico de transporte negociable y de convenir el porteador y el tenedor del documento en sustituirlo por un título de transporte negociable:

a) El porteador deberá emitir a dicho tenedor un título de transporte negociable en donde se declare que el título así emitido sustituye al documento electrónico de transporte negociable; y

b) A raíz de dicha sustitución, el documento electrónico de transporte quedará privado de toda validez o eficacia.

---

[40] Como se indica en la nota 34 de A/CN.9/WG.III/WP.47, se mantiene la expresión "fáciles de verificar" para indicar, sin excesivo detalle, que esos procedimientos deberán estar al alcance de toda parte que tenga un interés legítimo en conocerlos antes de concertar un compromiso jurídico que dependa de la validez de un documento electrónico de transporte negociable. Se observa además que el sistema previsto funcionaría de manera muy parecida al de la accesibilidad actual de toda cláusula o condición consignada sobre un conocimiento de embarque. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si procede que se den algunas indicaciones conexas en una nota o comentario que se adjunte al texto del futuro convenio.

[41] Texto enunciado en párrafo 5 de A/CN.9/WG.III/WP.47, y aprobado en párrafo 189 de A/CN.9/576, para su ulterior estudio.

CAPÍTULO 3. ÁMBITO DE APLICACIÓN[42]

Artículo 8. Ámbito de aplicación general[43]

1. A reserva de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, el presente Convenio será aplicable a todo contrato de transporte en el que el lugar de recepción y el lugar de entrega estén situados en distintos Estados, y en el que el puerto de carga [de un tramo marítimo] y el puerto de descarga [de ese mismo tramo] estén situados en distintos Estados, siempre que:

a) el lugar de recepción [o puerto de carga] esté situado en un Estado Contratante[44]; o

b) el lugar de entrega [o puerto de descarga] esté situado en un Estado Contratante; o

[c) en el contrato de transporte se haya estipulado que dicho contrato se regirá por el presente Convenio, o por la ley de algún Estado que lo haya declarado aplicable[45].]

Por todo [lugar o][46] puerto al que se haga referencia, deberá entenderse un [lugar o] puerto estipulado en el contrato de transporte.

2. El presente Convenio será aplicable cualquiera que sea la nacionalidad del barco, del porteador, de las partes ejecutantes, del cargador, del consignatario o de toda otra parte interesada.

Artículo 9. Exclusiones e inclusiones de su régimen[47]

1. El presente Convenio no será aplicable:

a) a ningún contrato de fletamento;

b) a ningún contrato para la utilización de un buque o de algún espacio en el interior de un buque;

c) salvo lo dispuesto en el párrafo 2, a ningún otro contrato de transporte por servicio no regular;

d) salvo lo dispuesto en el párrafo 3, a ningún contrato por volumen de carga.

---

[42] Donde faltaba el título de algún artículo o capítulo, se sugiere al Grupo de Trabajo un título posible.

[43] Texto enunciado en párrafo 52 de A/CN.9/576, y aprobado en párrafo 62 de A/CN.9/576 para su ulterior estudio.

[44] La práctica habitual de la CNUDMI es la de hablar de "Estado Contratante" y no de "Estado Parte", u otros términos similares. Este cambio se ha efectuado a lo largo de todo el proyecto de Convenio.

[45] Véase el examen de este párrafo en párrafo 61 de A/CN.9/576.

[46] De definirse en el artículo 1 el "lugar de recepción" y el "lugar de entrega", como se hace actualmente en los proyectos de párrafo bb) y cc), sería innecesario referirse aquí a "lugar".

[47] Texto enunciado en párrafo 52 de A/CN.9/576, y aprobado para su ulterior estudio en párrafo 66 de A/CN.9/576.

2. Sin menoscabo alguno de lo dispuesto en los apartados a) y b) del párrafo 1, el presente Convenio será aplicable a todo contrato de transporte por servicio no regular, cuando se haya consignado o dejado constancia de dicho contrato en un título de transporte o en un documento electrónico de transporte, y dicho título o documento deje además constancia de la recepción de las mercancías por el porteador o por una parte ejecutante, salvo en lo concerniente a las partes en un contrato de fletamento o en un contrato para la utilización de un buque o de algún espacio en el interior de un buque.

3. a) El presente Convenio será aplicable a las cláusulas por las que se rija cada remesa transportada en el marco de un contrato por volumen de carga, en la medida en que así lo prescriba lo dispuesto en el presente capítulo;

b) El presente Convenio será aplicable a las cláusulas de un contrato por volumen de carga, en la medida en que dichas cláusulas sean aplicables a alguna remesa que, pese a ser transportada en el marco de dicho contrato, se rija por el presente Convenio a tenor de lo dispuesto en el apartado a) del presente párrafo.

Artículo 10. Aplicación a ciertas partes en la operación[48]

No obstante lo dispuesto en el artículo 9, si se emite un título de transporte o un documento electrónico de transporte a raíz de un contrato de fletamento o a raíz de alguno de los contratos al que se hace referencia en los apartados b) o c) del párrafo 1 del artículo 9, el régimen del presente Convenio será aplicable a todo contrato del que se haya dejado constancia o que esté consignado en el título de transporte o en el documento electrónico de transporte emitido, en lo concerniente a la relación entre el porteador y el consignador, el consignatario, la parte controladora, el tenedor, o la persona a la que se hace referencia en el artículo 34, que no sea el fletador o una parte en un contrato previsto en los apartados b) o c) del párrafo 1 del artículo 9.

CAPÍTULO 4. PERÍODO DE RESPONSABILIDAD[49]

Artículo 11. Período de responsabilidad del porteador

1. A reserva de lo dispuesto en el artículo 12, el porteador será responsable de las mercancías, con arreglo al presente Convenio, desde el momento en que el porteador o una parte ejecutante reciba las mercancías para su transporte hasta el momento en que las mercancías sean entregadas al consignatario.

2. El momento y el lugar de recepción de las mercancías serán el momento y el lugar estipulados en el contrato de transporte o, a falta de tal estipulación, el momento y el lugar que sea conforme a la costumbre, las prácticas o los usos del comercio. En ausencia de tal estipulación y de toda costumbre, práctica o uso aplicable, el momento y el lugar de recepción de las mercancías serán el momento y

---

[48] Texto enunciado en párrafo 52 de A/CN.9/576, y aprobado para su ulterior estudio en párrafo 73 de A/CN.9/576, dejando abierta la posibilidad de que se haga remisión al proyecto de artículo 9 1) d) al final del proyecto de artículo 10 y de que se haga toda aclaración necesaria concerniente a los recibos.

[49] Las correcciones se hacen al texto enunciado en A/CN.9/WG.III/WP.32.

el lugar donde el porteador o una parte ejecutante se haga efectivamente cargo de las mercancías.

3. De exigirse que el consignador entregue las mercancías, en el lugar de recepción, a una autoridad o a otro tercero al que con arreglo a la norma legal o reglamentaria aplicable deba hacerse esa entrega para que el porteador pueda recogerlas, el momento y el lugar en que el porteador recoja las mercancías de manos de esa autoridad o de ese tercero, será tenido por el momento y el lugar de recepción de las mercancías por el porteador con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 2[50].

4. El momento y el lugar de entrega de las mercancías serán el momento y el lugar estipulados en el contrato de transporte, o, a falta de tal estipulación, el momento y el lugar que sea conforme a la costumbre, las prácticas o los usos del comercio. En ausencia de tal estipulación y de toda costumbre, práctica o uso aplicable, el momento y el lugar de entrega de las mercancías serán el momento y el lugar de descarga de las mercancías desde el último medio de transporte en el que se hayan transportado con arreglo al contrato de transporte.

5. De exigirse que el porteador entregue las mercancías, en el lugar de entrega, a una autoridad o a otro tercero al que, con arreglo a la norma legal o reglamentaria aplicable deba hacerse esa entrega para que el consignatario pueda recogerlas, dicha entrega ha de ser tenida por entrega de las mercancías, por el porteador al consignatario, con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 4.

6. A efectos de la determinación del período de responsabilidad del porteador y a reserva de lo dispuesto en el artículo 14 2), no podrá estipularse en el contrato de transporte que:

a) el momento de recepción de las mercancías sea posterior al comienzo de la operación inicial de carga con arreglo al contrato de transporte, o que

b) el momento de entrega de las mercancías sea anterior a la ultimación de la operación de descarga definitiva de las mercancías con arreglo al contrato de transporte.[51]

Artículo 12. Transporte más allá de lo estipulado en el contrato de transporte[52]

Variante A del artículo 12[53]

1. Las partes podrán estipular expresamente en el contrato de transporte que, respecto de uno o más tramos de la operación de transporte de las mercancías, el porteador, actuando en calidad de agente, encomendará el transporte a otro u otros porteadores.

---

[50] Se ha sugerido insertar este párrafo para regular el supuesto de que el consignador se vea obligado a hacer entrega de las mercancías a una autoridad, como pudiera ser una autoridad aduanera, con anterioridad a su entrega al porteador. Este texto refleja el texto del párrafo 5.

[51] Se sugiere insertar el párrafo 6 a fin de evitar que se estipulen actos ficticios en el contrato de transporte con miras a reducir el período de responsabilidad del porteador.

[52] Título sugerido. El Grupo de Trabajo tal vez desee reconsiderar si procede que el artículo 12 esté en el capítulo 4 concerniente al período de responsabilidad.

[53] La variante A es el artículo 12 enunciado en A/CN.9/WG.III/WP.32.

2. En tal caso, el porteador deberá obrar con la debida diligencia al seleccionar a todo otro porteador, y deberá celebrar un contrato con ese otro porteador en las condiciones que sean habituales y normales, haciendo todo lo que sea razonablemente necesario para que ese otro porteador pueda desempeñar debidamente su cometido con arreglo a su contrato.

Variante B del artículo 12[54]

A instancia del cargador, el porteador podrá consentir en emitir un único título de transporte o un único documento electrónico de transporte que prevea expresamente un tramo de transporte no incluido en el contrato de transporte. En tal supuesto, la responsabilidad del porteador se circunscribirá al período del contrato de transporte y, salvo acuerdo en contrario, el porteador deberá, en nombre del cargador, negociar el tramo adicional conforme a lo indicado en el título de transporte o en el documento electrónico de transporte anteriormente mencionado.

CAPÍTULO 5. OBLIGACIONES DEL PORTEADOR

Artículo 13. Transporte y entrega de las mercancías

Con arreglo al presente Convenio y de conformidad con lo estipulado en el contrato de transporte, el porteador[55] deberá transportar las mercancías hasta el lugar de destino y hacer entrega de ellas al consignatario.

Artículo 14. Obligaciones específicas

1. Durante el período de su responsabilidad, definido en el artículo 11, y a reserva de lo dispuesto en el artículo 27, el porteador deberá recibir,[56] cargar, manipular, estibar, transportar, guardar, custodiar, descargar y entregar las mercancías.

[2. Las partes podrán estipular que las operaciones de carga, estiba y descarga de las mercancías sean efectuadas por el cargador o por alguna de las personas a las que se hace referencia en el artículo 35, la parte controladora o el consignatario. Dicha estipulación deberá ser mencionada en los datos del contrato[57].]

---

[54] La primera oración de la variante B tiene por objeto aclarar el párrafo 1 de la variante A. La segunda oración de la variante B modifica el texto del abreviado párrafo 2 de la variante A al modificar la obligación que pesa sobre el porteador al organizar todo tramo de transporte adicional, que deberá obrar en dicho cometido conforme a lo estipulado en el contrato de transporte o en el documento emitido y no meramente con la debida diligencia.

[55] Se sugiere suprimir "[cuidadosamente y como es debido]" por innecesario y repetitivo, dado que "con arreglo al presente Convenio" conlleva la obligación de transportar las mercancías debida y cuidadosamente. El proyecto de artículo 13 enuncia además una obligación general que será reforzada en artículos subsiguientes.

[56] Se ha insertado "recibir" y "entregar" a fin de reconocer explícitamente una y otra obligación del porteador.

[57] Conforme se dice en la nota 47 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se había señalado en el párrafo 127 de A/CN.9/510 que se decidió colocar entre corchetes esta disposición para recordar que el Grupo de Trabajo habría de reconsiderar las cláusulas FIO (sin gastos de carga y descarga) y FIOS

Artículo 15. Mercancías que puedan constituir un peligro

Variante A[58]

Pese a lo dispuesto en los artículos 13, 14, y 16 1), el porteador podrá negarse a cargar las mercancías o podrá descargarlas, destruirlas o hacerlas inofensivas, o adoptar cualquier otra medida que sea razonable, si las mercancías constituyen, o existe algún riesgo verosímil de que puedan pasar a constituir, durante el período de responsabilidad del porteador, un peligro efectivo para las personas o los bienes, o un peligro inaceptable para el medio ambiente o que sea contrario a alguna norma legal.

Variante B[59]

Pese a lo dispuesto en los artículos 13, 14, y 16 1), el porteador podrá descargar, destruir o hacer inofensivas todas aquellas mercancías que pasen a constituir un peligro efectivo para las personas o los bienes.

Artículo 16. Obligaciones propias de la travesía por mar[60]

1. El porteador estará obligado a obrar con la debida diligencia antes de la travesía por mar, así como al comienzo y en el curso de dicha travesía[61], a fin de:

a) velar en todo momento por la navegabilidad del buque;

(sin gastos de carga, estiba y descarga) así como la relación entre esas cláusulas y el régimen de responsabilidad del porteador. El Grupo de Trabajo tal vez desee reconsiderar esta disposición a la luz de todo cambio que se haga en los artículos 13 y 14 1).

[58] La variante A del artículo 15 está basada en el texto original del proyecto de convenio (A/CN.9/WG.III/WP.21).

[59] La variante B está basada en los principios inspiradores del artículo 13 de las Reglas de Hamburgo en lo concerniente a las facultades reconocidas a un porteador en todo supuesto de emergencia imputable al transporte de mercancías peligrosas.

[60] Texto enunciado en párrafo 11 de A/CN.9/WG.III/WP.36, junto con las notas.

[61] Como se indica en la nota 55 de A/CN.9/WG.III/WP.36, el Grupo de Trabajo convino en que el deber del porteador de actuar con la diligencia debida para mantener la navegabilidad del buque fuera una obligación sin solución de continuidad y en que, por lo tanto, se suprimieran todos los corchetes en el proyecto de artículo 16 1) incorporándose a su texto las palabras que en ellos figuraban. El Grupo de Trabajo convino asimismo en que al dar a la obligación el carácter de continua, podía alterarse el equilibrio que establecía el proyecto de convenio entre los riesgos del porteador y los del propietario de la carga, por lo que el Grupo de Trabajo debería tener presente la necesidad de mantener ese equilibrio al examinar el resto del convenio.

b) tripular[62], armar y avituallar debidamente al buque y mantenerlo así tripulado[63], armado y avituallado durante toda la travesía[64];

c) encargarse de que las bodegas y demás partes del buque en donde se transporten las mercancías, así como los contenedores que suministre el porteador y en cuyo interior o sobre los cuales se transporten mercancías, están y se mantienen en buen estado para la recepción, el transporte y la preservación de las mercancías.

[2. No obstante lo dispuesto en los artículos 13, 14, y 16 1), el porteador podrá sacrificar mercancías cuando ese sacrificio sea razonable para amparar la seguridad común o para salvaguardar de algún peligro[65] vidas humanas[66] u otros bienes que participen o formen parte de la común empresa[67].]

CAPÍTULO 6. RESPONSABILIDAD DEL PORTEADOR POR PÉRDIDA, DAÑO O DEMORA

Artículo 17. Fundamento de la responsabilidad[68]

1. El porteador será responsable de la pérdida de las mercancías o del daño sufrido por ellas, así como de la demora en su entrega, si el demandante demuestra que:

a) la pérdida, el daño o la demora; o

b) el hecho que causó o que contribuyó a causar la pérdida, el daño o la demora

se produjo durante el período de responsabilidad del porteador definido en el capítulo 4. El porteador quedará exonerado total o parcialmente de su responsabilidad si, por su parte, demuestra que la causa o una de las causas de la

---

[62] Como se indicaba en la nota 56 de A/CN.9/WG.III/WP.36, se sugirió utilizar en la versión inglesa un lenguaje neutral, como pudiera ser "crew" en vez de la frase "man ... the ship". El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar esta sugerencia.

[63] *Ibid.*

[64] Como se indica en la nota 58 de A/CN.9/WG.III/WP.36, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que introdujera los cambios necesarios en el apartado b) para que quedara claro que regulaba una obligación continua. Se sugirió que tal vez bastara con aplicar las palabras "durante todo el viaje". Otra posibilidad consistiría en insertar las palabras "de forma continua" a continuación de las palabras "mantenerlo así".

[65] Como se indica en la nota 59 de A/CN.9/WG.III/WP.36, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que insertara en el texto algo que hiciera referencia a algún peligro inminente, procurando, no obstante, no prejuzgar ni alterar las reglas relativas a la avería gruesa. A fin de armonizar su texto con la Regla A de las Reglas de York-Amberes de 1994 se han insertado las palabras "de algún peligro" a continuación de las palabras "salvaguardar".

[66] Como se indica en la nota 60 de A/CN.9/WG.III/WP.36, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que considerase la inclusión en el texto de una referencia a vidas humanas, que puede verse a continuación de las palabras "de algún peligro".

[67] Como se indica en la nota 61 de A/CN.9/WG.III/WP.36, el Grupo de Trabajo decidió mantener el proyecto de artículo 16 2) entre corchetes y en su lugar actual, en espera de que se estudiara ulteriormente si procedía trasladarlo al capítulo 18 sobre la avería gruesa.

[68] Texto enunciado en párrafos 31 y 75 de A/CN.9/572, y aceptado a grandes rasgos en párrafos 33 y 80 de A/CN.9/572.

pérdida, el daño o la demora no es imputable a falta suya ni de ninguna de las personas a que se hace referencia en el artículo 19.

2. Si el porteador, en vez de probar que está exento de culpa conforme a lo indicado en el párrafo 1, demuestra que uno de los hechos mencionados en el párrafo 3 fue el que causó o contribuyó a causar la pérdida, el daño o la demora, el porteador quedará, en dicho caso, exonerado total o parcialmente de su responsabilidad, a reserva de que sea aplicable alguna de las siguientes disposiciones:

a) si el demandante demuestra que el porteador o una de las personas a que se hace referencia en el artículo 19 causó o contribuyó a causar el hecho que el porteador aduce, este último será responsable, total o parcialmente, de la pérdida, el daño o la demora;

b) si el demandante demuestra que un hecho no enumerado en el párrafo 3 contribuyó a la pérdida, el daño o la demora y el porteador no puede demostrar que ese hecho no es imputable a falta suya ni de ninguna de las personas a que se hace referencia en el artículo 19, el porteador será, en dicho caso, responsable de parte de la pérdida, el daño o la demora;

c) si el demandante demuestra que la pérdida, el daño o la demora fue o pudo haber sido causado, total o parcialmente por:

i) deficiencias en la navegabilidad del buque;

ii) deficiencias de la tripulación, del armamento o del avituallamiento del buque; o por

iii) el hecho de que la bodega u otras partes del buque donde se transportan las mercancías (incluido todo contenedor que suministre el porteador y sobre el cual o en cuyo interior se transporten las mercancías) no estaban en buen estado para recibirlas, transportarlas y preservarlas,

y si el porteador no puede demostrar que

A) cumplió con su obligación de obrar con la debida diligencia, conforme a lo prescrito por el artículo 16 1); o

B) la pérdida, el daño o la demora no fue causado por ninguna de las circunstancias a las que se hace referencia en los anteriores incisos i), ii) y iii),

el porteador será, en dicho caso, total o parcialmente responsable de la pérdida, el daño o la demora.

3. Los hechos a que se hace referencia en el párrafo 2 son:

a) fuerza mayor;

b) riesgos, peligros y accidentes de la mar o de otras aguas navegables;

c) guerra, hostilidades, conflicto armado, piratería, terrorismo, motines y tumultos;

d) restricciones por concepto de cuarentena; intervenciones o impedimentos imputables a autoridades públicas o políticas, a dirigentes o a personas particulares, lo que incluye toda medida de detención, embargo o incautación no imputable a ningún acto del porteador o de alguna persona a la que se haga referencia en el artículo 19[69];

e) huelgas, cierre patronal, interrupción del trabajo, o reducción intencional del ritmo laboral;

f) incendio a bordo del buque;

g) vicios ocultos en el [buque] [barco] [medio de transporte][70] que no puedan descubrirse obrando con la debida diligencia;

h) algún acto u omisión del cargador o de cualquiera de las personas a las que se hace referencia en el artículo 35[71], de la parte controladora, o del consignatario;

i) la manipulación, la carga, [la estiba,] o la descarga[72] de las mercancías [efectuada de hecho] por el cargador o por cualquiera de las personas a que se hace referencia en el artículo 35[73], o por la parte controladora o el consignatario[74];

j) merma de volumen o de peso o cualquier otra pérdida o daño que sea imputable a la índole especial de las mercancías o a un defecto o vicio de estas;

k) insuficiencia o estado defectuoso del embalaje o del marcado, si alguna de estas operaciones no fue efectuada por el porteador [o en su nombre];

l) salvamento o tentativa de salvamento de vidas en la mar;

m) toda medida que sea razonable para salvar o intentar salvar bienes en la mar;

n) toda medida que sea razonable para evitar o tratar de evitar daños al medio ambiente;

[o) actos del porteador o de una parte ejecutante en el ejercicio de las facultades conferidas por los artículos 15 y 16 2), caso de haberse convertido las mercancías en un peligro para las personas, los bienes o el medio ambiente, o cuando las mercancías hayan tenido que ser sacrificadas[75].]

4. De haber quedado exonerado de una parte de su responsabilidad con arreglo a lo dispuesto en los párrafos anteriores del presente artículo, el porteador será únicamente responsable de la parte de la pérdida, del daño o de la demora que sea

---

[69] Deberá estudiarse si la remisión al artículo 19 es necesaria.

[70] El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si se desea que figuren en este apartado los términos colocados entre corchetes.

[71] Deberá estudiarse si la remisión al artículo 35 es necesaria.

[72] Cambio estilístico de la versión inglesa.

[73] Deberá estudiarse si la referencia al artículo 35 es necesaria.

[74] Como se señala en párrafo 76 de A/CN.9/572, el Grupo de Trabajo convino en añadir una nota al inciso i) para indicar que el texto definitivo dependería del resultado de las deliberaciones acerca del artículo 14 2).

[75] El Grupo de Trabajo tal vez desee reconsiderar esta disposición a la luz de lo que se haga respecto del proyecto de artículo 33.

imputable al hecho o suceso del cual sea responsable con arreglo a los párrafos anteriores, y la responsabilidad deberá distribuirse en función de lo dispuesto en dichos párrafos.

Artículo 18. Responsabilidad del porteador por no haber facilitado información e instrucciones[76]

El porteador será responsable[77] de toda pérdida, daño [, demora][78] o lesión corporal causada por un incumplimiento de sus obligaciones con arreglo al artículo 29, salvo [y en la medida en] que el porteador pruebe que no fue falta suya ni de ninguna persona a la que se haga referencia en el artículo 19, lo que causó [o contribuyó a causar] la pérdida, el daño [, la demora] o la lesión corporal.

Artículo 19. Responsabilidad subsidiaria del porteador[79]

1. A reserva de lo dispuesto en el artículo 20 4)[80], el porteador será responsable de los actos y omisiones de:

a) toda parte ejecutante, y de

b) toda otra persona, incluidos los subcontratistas, empleados[81] y agentes de una parte ejecutante, que cumpla o se comprometa a cumplir cualquiera de las obligaciones que incumben al porteador con arreglo al contrato de transporte, en la medida en que dicha persona actúe, directa o indirectamente, a instancia del porteador o bajo su supervisión o control, al igual que si dichos actos u omisiones fueran del propio porteador.

2. El porteador será únicamente responsable con arreglo al párrafo 1 cuando la parte ejecutante o alguna de esas personas haya cometido el acto o la omisión culpable en el ejercicio de alguna función que tenga asignada en su condición de subcontratista, empleado o agente.

---

[76] Texto enunciado en párrafo 18 de A/CN.9/WG.III/WP.39, junto con las notas. Como se indica en la nota 85 de A/CN.9/WG.III/WP.39, ciertos elementos de los proyectos de artículo 31 y 33, concernientes a la responsabilidad del porteador, se han numerado "artículo 18", en la expectativa de su eventual inserción en este lugar.

[77] Véase *infra*, nota 125.

[78] Véase *infra*, nota 127.

[79] Correcciones al texto enunciado en párrafo 12 de A/CN.9/WG.III/WP.36.

[80] Como se indica en la nota 63 de A/CN.9/WG.III/WP.36, el Grupo de Trabajo decidió mantener el texto inicial de este artículo, pese a que se sugirió sustituirlo por "a reserva de la responsabilidad y de las limitaciones de la responsabilidad del porteador", ya que el proyecto de artículo 19 regula las acciones dirigidas contra el porteador, mientras que el proyecto de artículo 20 4) regula las acciones dirigidas contra toda otra persona que no sea el porteador.

[81] Como se indica en la nota 64 de A/CN.9/WG.III/WP.36, tal vez se haya de estudiar la posibilidad de regular por separado la responsabilidad subsidiaria del porteador respecto de sus empleados (que debe ser muy amplia) y su responsabilidad respecto de todo subcontratista (que podría ser algo más restringida).

Artículo 20. Responsabilidad de una parte ejecutante marítima[82]

1. Toda parte ejecutante marítima quedará sujeta a las obligaciones y responsabilidades impuestas al porteador con arreglo al presente Convenio y gozará de los derechos e inmunidades que el Convenio reconozca al porteador si el hecho a raíz del cual se haya producido la pérdida, el daño o la demora ocurrió a) durante el período en el que dicha parte ejecutante ejercía la custodia de las mercancías; o b) en cualquier otro momento en la medida en que participaba en la ejecución de cualquiera de las actividades previstas por el contrato de transporte.

2. Si el porteador acepta asumir obligaciones que no le imponga el presente Convenio, o acepta que su responsabilidad por la demora en la entrega de las mercancías o por la pérdida o el daño que puedan sufrir esas mercancías sea superior a los límites fijados en los artículos 65, 64[83] y 26 4), ninguna parte ejecutante marítima quedará obligada por esa aceptación, salvo que dicha parte haya aceptado expresamente esas responsabilidades o esos límites.

3. A reserva de lo dispuesto en el párrafo 4, toda parte ejecutante marítima será responsable de los actos y omisiones de cualquier persona en la que haya delegado la ejecución de cualquiera de las obligaciones que incumban al porteador con arreglo al contrato de transporte, incluidos sus subcontratistas, empleados y agentes, al igual que si dichos actos u omisiones fueran de la propia parte ejecutante. Una parte ejecutante marítima solo será responsable con arreglo al presente párrafo cuando dicha persona haya cometido el acto o la omisión culpable en el ejercicio de alguna función que tenga asignada en su condición de subcontratista, empleado o agente[84].

---

[82] Las correcciones se hacen al texto enunciado en párrafo 12 de A/CN.9/WG.III/WP.36.

[83] Como se indica en la nota 69 de A/CN.9/WG.III/WP.36, el Grupo de Trabajo tomó nota de la sugerencia de que se limitara la remisión al proyecto de artículo 64, pues se sostuvo que si bien era aceptable hacer remisión a los párrafos 1), 3) y 4) del proyecto de artículo 64 no debería hacerse remisión al párrafo 2) del artículo 64 por no ser la parte ejecutante responsable por daños no ubicados en la trayectoria de la operación de transporte. El Grupo de Trabajo decidió que esta sugerencia debería ser examinada algo más en detalle una vez que se hubiera tomado una decisión respecto de la inclusión del párrafo 2) del proyecto de artículo 64 en el proyecto de convenio.

[84] Como se indica en la nota 74 de A/CN.9/WG.III/WP.36, el Grupo de Trabajo reiteró su decisión de que la estructura de este párrafo reflejara la del nuevo proyecto de artículo 19, y aplazó a un ulterior período de sesiones el examen de los pareceres expresados respecto de que el proyecto de artículo 20 3) fuera aplicable a toda parte ejecutante tanto marítima como no marítima.

Variante A del párrafo 4[85]

4. De entablarse una acción con arreglo al presente Convenio contra una parte ejecutante marítima, el demandado podrá oponer toda excepción o limitación de la responsabilidad que sea oponible por el porteador con arreglo al presente Convenio si [demuestra que][86] obró en el ejercicio de alguna función que tenga asignada en su condición de subcontratista, empleado o agente.

Variante B del párrafo 4

4. De entablarse una acción con arreglo al presente Convenio contra alguna persona, que no sea el porteador, a la que se haga referencia en el artículo 19 o en el párrafo 3, [particularmente contra algún empleado o agente del porteador contractual o de una parte ejecutante marítima,][87] dicha persona podrá oponer toda excepción y limitación de la responsabilidad que sea oponible por el porteador con arreglo al presente Convenio, si [demuestra que][88] obró en el ejercicio de alguna función que tenga asignada en su condición de subcontratista, empleado, o agente.

---

[85] Se sugiere esta variante como párrafo 20 4) a fin de responder al deseo del Grupo de Trabajo indicado en nota 77 de A/CN.9/WG.III/WP.36, de que se examinara una variante por la que se limitara el alcance de este párrafo a la esfera marítima y en línea con el artículo 4 2) que enuncia una regla similar para los empleados y agentes.

[86] El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de examinar si el texto entre corchetes debe suprimirse a fin de reducir la carga de la prueba impuesta sobre la parte ejecutante marítima.

[87] Como se indica en la nota 80 de A/CN.9/WG.III/WP.36, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la fórmula simplificada del texto inicial del párrafo que termina inmediatamente antes de "dicha persona". De entablarse contra cualquier parte ejecutante marítima [, incluidos sus subcontratistas, empleados o agentes,] dicha persona ...".

[88] Véase *supra*, nota 86.

Artículo 21. Responsabilidad mancomunada y solidaria, y compensación[89]

1. De ser el porteador y una o más partes ejecutantes marítimas responsables[90] por la pérdida de las mercancías, por todo daño que les sea ocasionado o por la demora en su entrega, su responsabilidad será mancomunada y solidaria [, siendo cada parte responsable por la totalidad del importe de la pérdida, del daño o de la demora, sin perjuicio de toda acción de repetición ejercitable contra toda otra parte solidariamente responsable][91], pero únicamente hasta el límite fijado en los artículos 22, 64 y 26.

2. A reserva de lo dispuesto en el artículo 66, la responsabilidad acumulada de todas esas personas no deberá exceder de los límites globales enunciados en el presente Convenio.

[3. De prosperar alguna demanda presentada contra una parte ejecutante no marítima por la pérdida de las mercancías, el daño que les sea ocasionado o la demora en su entrega, la suma percibida por el demandante será deducible de la suma reclamable en toda demanda subsiguiente presentada por el demandante, por esa misma pérdida, daño o demora, contra el porteador o contra una parte ejecutante marítima[92].]

---

[89] Texto enunciado en párrafo 2 de A/CN.9/WG.III/WP.39, junto con las notas.

[90] Como se indica en la nota 3 de A/CN.9/WG.III/WP.39, se observó que debería limitarse el alcance de esta regla a la parte ejecutante marítima. Al haberse formulado este proyecto de párrafo en forma de proyecto de artículo separado, se ha cambiado, para mayor claridad, el texto "Si la responsabilidad por la pérdida de las mercancías, por el daño sufrido por estas o por el retraso en su entrega recae en el porteador y en una o más partes ejecutantes marítimas" de A/CN.9/WG.III/WP.36, en "De ser el porteador y una o más partes ejecutantes marítimas responsables". El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si esta aclaración responde a las inquietudes expresadas en párrafo 14 de A/CN.9/552, salvo la inquietud concerniente a la compensación que se examinará en el proyecto de artículo 21 3) *infra*.

[91] Según se indica en la nota 4 de A/CN.9/WG.III/WP.39 se ha insertado el texto entre corchetes para dotar de mayor claridad al término "responsabilidad mancomunada y solidaria". Ahora bien, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar el empleo que se hace del término "responsabilidad mancomunada y solidaria" en otros muchos instrumentos internacionales, incluidos: artículo 10 4) de las Reglas de Hamburgo; artículo 27 4) de las Reglas Uniformes relativas al contrato de transporte internacional ferroviario de mercancías, conforme fue enmendado por el Protocolo de Modificación de 1999 ("CIM-COTIF 1999"); artículo 4 5) del Convenio de Budapest relativo al contrato de transporte por vías de navegación interior, 2000 ("CMNI"); artículo 30 3) del Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional, conforme fue enmendado por los protocolos de 1955 y 1975 ("Convenio de Varsovia"); y artículo 36 3) del Convenio para la unificación de ciertas reglas del transporte aéreo internacional, Montreal 1999 ("Convenio de Montreal").

[92] Como se indica en la nota 7 de A/CN.9/WG.III/WP.39, se ha preparado una versión revisada en espera de que se opte por examinar más a fondo la preparación de una regla uniforme sobre compensación del importe de las reclamaciones o por dejar esta cuestión al arbitrio del derecho interno. Véase también nota 90, *supra*. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si este párrafo es necesario o si procede suprimirlo.

Artículo 22. Demora[93]

Se considerará que hay demora en la entrega cuando las mercancías no se entreguen en el lugar de destino indicado en el contrato de transporte dentro del plazo explícitamente estipulado o, a falta de tal acuerdo, dentro del plazo que sea razonable esperar de un porteador diligente, a la luz de las condiciones del contrato, de las características del transporte y de las circunstancias del viaje o de la travesía[94].

Artículo 23. Cálculo de la indemnización[95]

1. A reserva de lo dispuesto en el artículo 64, la indemnización abonable por el porteador por toda pérdida o daño de las mercancías será calculada en función del valor de esas mercancías en el lugar y en el momento de su entrega, que se determinarán conforme a lo dispuesto en el artículo 11.

2. El valor de las mercancías se fijará en función de su precio en la bolsa de productos básicos o, de no cotizarse en dicha bolsa, en función de su precio del mercado o, de no conocerse tampoco su precio de mercado, en función del valor que sea normal para mercancías de esa misma índole y de la misma calidad en el lugar de entrega.

3. En todo supuesto de pérdida o daño de las mercancías, el porteador no deberá pagar indemnización alguna que no esté prevista en los párrafos 1 y 2, salvo que el porteador y el cargador hayan convenido en calcular la indemnización de un modo diferente, sin salirse de los límites establecidos en el capítulo 20.

Artículo 24. Aviso en caso de pérdida, daño o demora[96]

[Variante A del párrafo 1[97]

1. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el porteador ha hecho entrega de las mercancías, conforme aparezcan descritas en los datos del contrato, a menos que se haya dado aviso[98] [, por el consignatario o en su nombre,] de la pérdida o del daño sufrido por las mercancías [99], junto con una indicación de la índole general de dicha pérdida o daño, al porteador o a la parte ejecutante que haga entrega de las mercancías, antes o en el momento mismo de efectuarse esa entrega, o, si la pérdida o el daño no son manifiestos, dentro de los [tres días laborables] [siete días] [siete días laborables en el lugar

[93] Las correcciones se hacen al texto enunciado en el párrafo 3 de A/CN.9/WG.III/WP.39.

[94] El artículo 22 2), anteriormente artículo 16 2) de A/CN.9/WG.III/WP.32, ha pasado a ser artículo 65 del nuevo capítulo sobre limitación de la responsabilidad.

[95] Texto enunciado en párrafo 5 de A/CN.9/WG.III/WP.39.

[96] Correcciones al texto enunciado en párrafo 9 de A/CN.9/WG.III/WP.39.

[97] Como se indica en la nota 39 de A/CN.9/WG.III/WP.39, se colocó entre corchetes, para su ulterior estudio el texto original y la versión reformulada del párrafo 1, conforme se sugirió en párrafo 66 de A/CN.9/552. La variante A del párrafo 1 es el texto en A/CN.9/WG.III/WP.32, salvo la supresión de "[un plazo razonable]" conforme se decidió en párrafo 75 de A/CN.9/552, junto con las adiciones señaladas.

[98] Como se indica en la nota 40 de A/CN.9/WG.III/WP.39, el artículo 3 del proyecto de convenio enuncia que el aviso que ha de darse a tenor de la regla del párrafo 1, y de algunas otras reglas, podrá cursarse por vía electrónica; de lo contrario, habrá de darse por escrito.

[99] Se suprimió, por innecesario, el texto "o concerniente a las mismas".

de la entrega] [siete días consecutivos] siguientes a la entrega de las mercancías. No se habrá de dar dicho aviso respecto de toda pérdida o daño que se haya constatado en el curso de una inspección conjunta[100] de las mercancías, efectuada por el consignatario junto con el porteador o la parte ejecutante cuya responsabilidad esté siendo alegada.]

[Variante B del párrafo 1[101]

1. [El consignatario o una persona que actúe en su nombre deberá dar] [Deberá darse] aviso de la pérdida o del daño sufrido por las mercancías[102], junto con una indicación de la índole general de dicha pérdida o daño, al porteador o a la parte ejecutante que haga entrega de las mercancías, antes o en el momento mismo de efectuarse la entrega, o, si la pérdida o el daño no son manifiestos, dentro de [los tres días laborables][103] [los ___ días laborables en el lugar de la entrega,] [los ___ días consecutivos] siguientes a la entrega de las mercancías. [Todo tribunal [podrá] [deberá] tener en cuenta la ausencia eventual de dicho aviso, al decidir si el demandante ha cumplido con su obligación de probar los hechos, que le incumbe a tenor del artículo 17 1).] No se requerirá dicho aviso respecto de toda pérdida o daño que se haya constatado en una inspección conjunta de las mercancías, llevada a cabo por el consignatario junto con el porteador o la parte ejecutante cuya responsabilidad esté siendo alegada.]

2. No será abonable indemnización alguna, con arreglo al artículo 22, por pérdida alguna imputable a demora, salvo que se haya dado aviso al porteador dentro de los 21 días consecutivos siguientes a la entrega de las mercancías.

3. De darse el aviso prescrito en el presente artículo a la parte ejecutante que haya hecho entrega de las mercancías, ese aviso surtirá el mismo efecto que si se hubiera dado al porteador, y todo aviso dado al porteador surtirá el mismo efecto que un aviso dado a una parte ejecutante marítima.

4. En todo caso de pérdida o daño efectivo o presunto, las partes interesadas en una reclamación o controversia deberán darse mutuamente toda facilidad que sea razonable para inspeccionar y tasar las mercancías y deberán dar acceso a todo expediente o documento concerniente al transporte de las mercancías.

---

[100] Como se indica en la nota 43 de A/CN.9/WG.III/WP.39, se sugirió en el párrafo 95 de A/CN.9/525 que tal vez resultaran más apropiadas, en un contexto de tradición civilista, las expresiones “inspección concurrente” o “inspección contradictoria”.

[101] Como se indica en la nota 44 de A/CN.9/WG.III/WP.39, la variante B del párrafo 1 es el texto del párrafo 66 de A/CN.9/552.

[102] Véase *infra*, nota 212.

[103] Como se indica en párrafo 75 de A/CN.9/552, el Grupo de Trabajo decidió suprimir la expresión “[un plazo razonable]” del texto original de donde se tomó la presente variante.

CAPÍTULO 7. DISPOSICIONES ADICIONALES RELATIVAS A CIERTAS ETAPAS DEL TRANSPORTE

Artículo 25. Desvío de ruta durante el transporte por mar

[Variante A[104]

1. El porteador no será responsable de la pérdida, del daño o de la demora en la entrega que resulte de algún desvío de ruta efectuado para salvar o intentar salvar alguna vida [o bienes] en la mar [, o que resulte de cualquier otro desvío [razonable]].

2. Cuando con arreglo al derecho interno aplicable un desvío de ruta constituya de por sí un incumplimiento de las obligaciones del porteador, ese incumplimiento surtirá únicamente efecto en consonancia con lo dispuesto en el presente Convenio[105].]

[Variante B[106]

1. El porteador no será responsable de la pérdida, del daño, o de la demora en la entrega que sea imputable a un desvío de ruta efectuado para salvar o intentar salvar alguna vida o ciertos bienes en la mar o a cualquier otro desvío que sea razonable.

2. En la medida en que un desvío de ruta constituya un incumplimiento de alguna obligación del porteador con arreglo a alguna norma jurídica reconocida por el derecho interno o por el presente Convenio, esa norma será aplicable únicamente cuando el desvío efectuado no sea razonable respecto de la ruta asignable a un buque.

3. En la medida en que un desvío de ruta constituya un incumplimiento de alguna obligación del porteador, ese incumplimiento surtirá únicamente efecto en el marco de lo estatuido al respecto en el presente Convenio. En particular, ese desvío no privará al porteador de ninguno de sus derechos a tenor del presente Convenio, salvo en la medida de lo previsto a dicho respecto en el artículo 66.]

---

[104] Como se indica en la nota 59 de A/CN.9/WG.III/WP.39, la variante A ha sido tomada de A/CN.9/WG.III/WP.32.

[105] Como se indica en la nota 60 de A/CN.9/WG.III/WP.39, cabría formular una variante de este párrafo que dijera:

> "Cuando con arreglo al derecho interno aplicable, un desvío de ruta constituya de por sí un incumplimiento de las obligaciones del porteador, dicho incumplimiento no privará al porteador o a la parte ejecutante de su derecho a invocar toda excepción o todo límite de la responsabilidad que haya previsto el presente Convenio".

De adoptarse esta variante, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si estima necesario mantener la regla enunciada en el párrafo 1 del artículo.

[106] Como se indica en la nota 61 de A/CN.9/WG.III/WP.39, la variante B ha sido tomada del proyecto de artículo propuesto en párrafo 38 de A/CN.9/WG.III/WP.34.

Artículo 26. Carga sobre cubierta a bordo de un buque[107]

1. Las mercancías solo se podrán transportar sobre la cubierta de un buque, o apiladas sobre cubierta*:

a) si así lo exige alguna norma legal, administrativa o reglamentaria aplicable, o

b) si las mercancías se transportan en o sobre contenedores [, diseñados para dicho transporte,] que viajen sobre cubiertas que estén equipadas para el transporte de esos contenedores, o

c) [en supuestos no regulados por los apartados a) o b) del presente párrafo,] si el transporte sobre cubierta [está en consonancia con lo estipulado en el contrato de transporte, o si] responde a alguna costumbre, uso o práctica del comercio, o si se hace conforme a ciertos usos o prácticas del ramo de que se trate.

2. De efectuarse el transporte de las mercancías con arreglo a lo dispuesto en los apartados a) o c) del párrafo 1, el porteador no será responsable de la pérdida o del daño que sufran dichas mercancías, o de la demora en su entrega que sea imputable a los riesgos especiales que entrañe su transporte sobre cubierta. De efectuarse el transporte de las mercancías sobre cubierta, o en contenedores apilados sobre la misma, con arreglo a lo previsto en el apartado b) del párrafo 1, el porteador sí será responsable de la pérdida o del daño que sufran dichas mercancías, o de la demora en su entrega, con arreglo a lo dispuesto en el presente Convenio, sin que haya de tenerse en cuenta la circunstancia de que el transporte se haya efectuado directamente sobre cubierta, o en contenedores o bultos apilados sobre cubierta. De transportarse las mercancías sobre cubierta en casos distintos de los permitidos a tenor del párrafo 1, el porteador será responsable, al margen de lo dispuesto por el artículo 17, de toda pérdida o daño que sufran las mercancías, o de toda demora en su entrega, que sea exclusivamente imputable a su transporte sobre cubierta[108].

3. De efectuarse el transporte de las mercancías con arreglo a lo dispuesto en el apartado c) del párrafo 1, el hecho de que ciertas mercancías vayan sobre cubierta deberá hacerse constar en los datos del contrato. De lo contrario, recaerá en el porteador la carga de tener que probar que su transporte sobre cubierta cumple con lo dispuesto en el apartado c) del párrafo 1 y, caso de que se emita un título de transporte negociable o un documento electrónico de transporte negociable, el porteador no tendrá derecho a invocar la regla de ese apartado frente a un tercero que haya adquirido de buena fe dicho título o documento[109].

---

[107] Las correcciones se hacen al texto enunciado en el párrafo 13 de A/CN.9/WG.III/WP.39.

* Nota del traductor: Esta lectura del original inglés no es la única posible. "*on board*" y "*above board*" pueden ser dos expresiones prácticamente sinónimas, ya que es habitual en los textos legales del "*common law*" mencionar todas las variantes de lenguaje en uso. De ser así, la versión española solo debería hablar de "carga sobre cubierta".

[108] Como se indica en la nota 63 de A/CN.9/WG.III/WP.39, tal vez deba examinarse más a fondo el párrafo 2, en conjunción con el proyecto de artículo 17 4) aun cuando los cambios efectuados en el artículo 17 4) tal vez hagan dicho examen innecesario.

[109] Como se indica en la nota 64 de A/CN.9/WG.III/WP.39, proseguirá el examen del párrafo 3, así como la cuestión de si la regla en él enunciada debe ser aplicable al supuesto de un tercero que haya depositado su confianza en un título o documento electrónico de transporte no negociable.

[4. Si el porteador es responsable, con arreglo al presente artículo, de la pérdida o del daño que sufran las mercancías transportadas sobre cubierta, o de la demora en su entrega, su responsabilidad quedará limitada conforme a lo previsto en los artículos 22 y 64 y 66 1); pero, si el porteador y el cargador han convenido [expresamente] en que las mercancías se transporten bajo cubierta, el porteador no tendrá derecho a limitar su responsabilidad por toda pérdida de las mercancías o por todo daño que hayan sufrido [[en la medida que dicho daño sea] [que sea exclusivamente] imputable al hecho de que fueron transportadas sobre cubierta][110].][111]

[*Artículo 27. Tramo que preceda o que siga al transporte por mar*

1. Cuando surja una reclamación o una controversia por pérdida o daño de las mercancías o por demora que se produjo enteramente durante el período de responsabilidad del porteador pero que ocurrió:

a) antes de ser cargadas las mercancías a bordo del buque; o

b) una vez descargadas las mercancías del buque pero antes de ser entregadas al consignatario;

y, si al producirse dicha pérdida, dichos daños o dicha demora, el régimen de un convenio internacional [o del derecho interno]:

i) es aplicable, a tenor de su propio texto, a la totalidad o a una parte de las actividades que incumben durante dicho período al porteador con arreglo al contrato de transporte, [independientemente de si es o no necesario emitir un determinado documento a fin de que dicho convenio internacional sea aplicable][112], y

ii) si dicho régimen regula explícitamente la responsabilidad del porteador, y toda limitación de la misma, o el plazo de que se disponga para presentar demandas, y

iii) si no cabe excluir dicho régimen por vía contractual, ya sea en ningún caso o ya sea cuando dicha exclusión se haga en detrimento del cargador,

ese régimen prevalecerá sobre el presente Convenio en la medida en que sea de derecho imperativo, conforme se indica en el anterior inciso iii).]

[2. Lo dispuesto en el párrafo 1 no afectará a la aplicación del artículo 64 2)[113].]

---

[110] Conforme se indica en la nota 67 de A/CN.9/WG.III/WP.39, se colocó entre corchetes el texto "que sea exclusivamente imputable al hecho de haber sido transportadas sobre cubierta". Se ha añadido a dicho texto una nueva variante.

[111] Como se indica en nota 69 de A/CN.9/WG.III/WP.39, se colocó el párrafo 4 entre corchetes para su examen en un ulterior período de sesiones, en el que se examinaría su relación con el proyecto de artículo 66.

[112] Como se indica en párrafo 55 de A/CN.9/WG.III/21, el texto entre corchetes refleja la regla aplicable con arreglo al Convenio de 1980 concerniente al transporte ferroviario internacional ("COTIF"). Tras la entrada en vigor del Protocolo de 1999 para la modificación del Convenio COTIF, prevista en el otoño del 2005, tal vez el Grupo de Trabajo desee suprimir el texto entre corchetes.

[113] Si se suprime el artículo 64 2) deberá suprimirse asimismo este párrafo.

[3. El artículo 27 será aplicable cualquiera que sea la norma de derecho interno por lo demás aplicable al contrato de transporte[114].]

CAPÍTULO 8. OBLIGACIONES DEL CARGADOR

Artículo 28. Entrega de las mercancías listas para su transporte[115]

De no estipularse otra cosa en el contrato de transporte, el cargador deberá hacer entrega de las mercancías listas para su transporte y en un estado que les permita resistir el transporte previsto, así como las operaciones de carga, manipulación, estiba, sujeción o afianzamiento, y descarga, y deberá entregarlas en condiciones que no se presten a causar lesión corporal o daño alguno. En el supuesto de que las mercancías se entreguen en o sobre un contenedor o remolque envasado por el cargador, este deberá estibar, sujetar y afianzar las mercancías, en o sobre ese contenedor o remolque de tal forma que las mercancías resistan el transporte previsto, así como las operaciones de carga, manipulación y descarga del contenedor o el remolque, y deberá entregarlas en condiciones que no se presten a ocasionar lesión corporal o daño alguno[116].

Artículo 29. Obligación del porteador de facilitar información e instrucciones[117]

El porteador deberá facilitar [oportunamente][118] al cargador toda información que este solicite, y de la que el porteador tenga conocimiento, así como las instrucciones que sean razonablemente necesarias o que puedan ser de interés para el cargador a fin de que este pueda cumplir con sus obligaciones conforme a lo

---

[114] Como se indica en párrafo 54 de A/CN.9/WG.III/WP.21, este párrafo enuncia una regla de conflicto de leyes que tiene por objeto salvaguardar la aplicabilidad de todo convenio aplicable al transporte terrestre. Además, como se indica en las notas 42 y 231 de A/CN.9/WG.III/WP.32, el proyecto de artículo 27 ha dado lugar a que se pida la inserción en el cap. 19 de una regla aplicable a los conflictos eventuales concernientes a la aplicabilidad de dos o más convenios internacionales. Se insertó el proyecto de artículo 89 en respuesta a esa petición.

[115] Texto enunciado en párrafo 14 de A/CN.9/WG.III/WP.39, junto con las notas.

[116] Como se indica en la nota 71 de A/CN.9/WG.III/WP.39, tal como se sugiere en los párrafos 122 y 123 de A/CN.9/552, a fin de mejorar la formulación del texto, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la siguiente variante de la segunda oración del proyecto de artículo 28:

> "En el supuesto de que las mercancías se entreguen en el interior o sobre un contenedor o remolque envasado por el cargador, dicha obligación será asimismo aplicable a las operaciones de estiba, sujeción y afianzamiento de las mercancías en el interior o sobre el contenedor o remolque."

[117] Texto enunciado en párrafo 15 de A/CN.9/WG.III/WP.39, junto con las notas.

[118] Como se indica en la nota 72 de A/CN.9/WG.III/WP.39, se suprimió el proyecto de artículo 28 de A/CN.9/WG.III/WP.32, sustituyéndose su texto por una mención en el proyecto de artículo 29 de que el cargador deberá facilitar "[oportunamente]" la información y las instrucciones que puedan ser requeridas.

prescrito en el artículo 28[119]. [La información y las instrucciones que se faciliten deberán ser exactas y completas[120].]

Artículo 30. Obligación del cargador de facilitar información, instrucciones y documentos[121]

El cargador deberá facilitar [oportunamente] al porteador toda la información, las instrucciones y los documentos [exactos y completos][122] que puedan ser razonablemente necesarios para:

a) La manipulación y el transporte de las mercancías, incluidas las precauciones que deba adoptar el porteador o una parte ejecutante, salvo en la medida en que el cargador pueda suponer razonablemente que esa información es ya conocida del porteador[123];

b) El cumplimiento de toda norma legal o reglamentaria, y de toda otra obligación impuesta por las autoridades respecto del transporte previsto, así como para la obtención de toda licencia y la presentación de toda instancia o solicitud concerniente a las mercancías;

c) La compilación de los datos del contrato y la emisión de todo título de transporte o documento electrónico de transporte que se vaya a utilizar, particularmente los datos a que se hace referencia en el artículo 38 1) b) y c); el nombre de la parte que se ha de designar como cargador en los datos del contrato; el nombre del consignatario, de haber alguno; y el nombre de la persona a cuya orden se haya de emitir el título de transporte o el documento electrónico de transporte, caso de ser emitido, a menos que el cargador pueda razonablemente suponer que esos datos son ya conocidos del porteador.

---

[119] Como se indica en la nota 73 de A/CN.9/WG.III/WP.39, tal vez deba volverse a examinar la variante ofrecida en el párrafo 128 de A/CN.9/552, “salvo que el porteador pueda razonablemente suponer que el cargador ya conoce esos datos”.

[120] Como se indica en la nota 74 de A/CN.9/WG.III/WP.39, se ha insertado, para su ulterior examen, la fórmula “[la información y las instrucciones que se faciliten deberán ser exactas y completas]”.

[121] Las correcciones se hacen al texto enunciado en párrafo 16 de A/CN.9/WG.III/WP.39.

[122] Como se indica en la nota 75 de A/CN.9/WG.III/WP.39, se han insertado para su ulterior examen los textos “[oportunamente]” y “[exactos y completos y ...]”.

[123] Como se indica en la nota 76 de A/CN.9/WG.III/WP.39, se mantuvo el texto actual para su ulterior estudio, pero se añadió al final del apartado a) el texto “salvo en la medida en que el cargador pueda suponer razonablemente que esa información es ya conocida del porteador”.

Artículo 31. Fundamento de la responsabilidad del cargador[124]

1. El cargador será responsable[125] de toda pérdida[126], daño, [demora][127] o lesión corporal causada por las mercancías, y de todo incumplimiento de sus obligaciones con arreglo al artículo 28 y al apartado a) del artículo 30, [salvo] [salvo y en la medida en] [salvo en la medida en] que el cargador demuestre que ninguna falta suya ni de persona alguna a la que se haga referencia en el artículo 35 causó o contribuyó a causar la pérdida, el daño [, la demora] o la lesión corporal.

[Variante A del párrafo 2[128]

2. El cargador será responsable[129] de toda pérdida o daño imputable al incumplimiento de alguna de sus obligaciones con arreglo a lo dispuesto en los apartados b) y c) del artículo 30.]

[Variante B del párrafo 2[130]

2. Se considerará que el cargador garantiza al porteador, al recibir este las mercancías, la oportunidad, exactitud e integridad de la información, de las instrucciones y de los documentos que el cargador está obligado a facilitar con arreglo a lo dispuesto en los apartados b) y c) del artículo 30. El cargador deberá indemnizar al porteador de las pérdidas y de los daños y gastos que sean imputables a todo incumplimiento de sus obligaciones con arreglo a los apartados b) y c) del artículo 30 o que resulten de ese incumplimiento. El derecho del porteador a ser indemnizado no limitará de modo alguno su responsabilidad, con arreglo al contrato de transporte, frente a toda otra persona que no sea el cargador.]

3. Cuando la pérdida o el daño [o la lesión corporal] sean consecuencia de que tanto el cargador como el porteador han incumplido sus obligaciones respectivas, el cargador y el porteador serán mancomunadamente responsables frente al

---

[124] Las correcciones se hacen al texto del párrafo 18 de A/CN.9/WG.III/WP.39.

[125] Como se indica en la nota 77 de A/CN.9/WG.III/WP.39, se ha reformulado el artículo 31 1) para reflejar lo dispuesto en lo concerniente a la responsabilidad del porteador en el proyecto de artículo 17 1) de A/CN.9/WG.III/WP.36. Se ha suprimido toda mención de las partes frente a las que el cargador ha de responder en consonancia con lo ya dispuesto en el proyecto de artículo 17 y, conforme se observó en el párrafo 144 de A/CN.9/552, tal vez se haya de reconsiderar más adelante la cuestión de la responsabilidad frente al consignatario y a la parte controladora, conforme al texto original del proyecto de artículo 29 en A/CN.9/WG.III/WP.32.

[126] Conforme al orden sintáctico inglés se hace aquí una reformulación como se hace en la versión española.

[127] Como se indica en la nota 78 de A/CN.9/WG.III/WP.39, se cita aquí la "demora" para reflejar lo dispuesto en el proyecto de artículo 17, pero se ha colocado entre corchetes ya que no se ha examinado expresamente en el contexto del proyecto de artículo 31.

[128] Como se indica en la nota 80 de A/CN.9/WG.III/WP.39, se ha retenido una regla de la responsabilidad estricta o absoluta para el supuesto de que el cargador no haya cumplido con sus obligaciones con arreglo a lo dispuesto en los apartados b) y c) del proyecto de artículo 30.

[129] Véase *supra*, nota 125.

[130] Como se indica en la nota 82 de A/CN.9/WG.III/WP.39, se ha introducido entre corchetes una disposición similar a la enunciada en el artículo III.5 de las Reglas de La Haya. Se ha revisado este texto conforme puede verse indicado a partir de la versión en A/CN.9/WG.III/WP.39.

consignatario y a la parte controladora[131] por tal pérdida o daño [o lesión corporal][132].

[*Artículo 32. Falsedad en lo declarado por el cargador*[133]

El porteador no será responsable de la demora en la entrega de las mercancías, ni de su pérdida o del daño que les sea ocasionado o concerniente a dichas mercancías, si la índole o el valor de las mercancías fueron erróneamente descritos por su cargador, en algún aspecto importante, ya sea en el contrato de transporte o en algún título de transporte o documento electrónico de transporte[134].]

Artículo 33. Reglas especiales aplicables a las mercancías peligrosas[135]

1. Por "mercancías peligrosas" se entenderá toda mercancía que por su índole o estado constituya, o pueda razonablemente llegar a constituir, un peligro para las personas o los bienes, o un peligro para el medio ambiente que sea inaceptable o contrario a la normativa legal aplicable.

2. El cargador deberá señalar toda mercancía peligrosa con una marca o etiqueta de conformidad con lo estatuido por toda norma legal o reglamentaria o todo otro requisito normativo que sea aplicable durante cualquiera de las etapas del transporte previsto de las mercancías. Todo cargador, que no obre así, será responsable frente al porteador y frente a toda parte ejecutante de toda pérdida, daño o demora y de los gastos directos o indirectos a que dé lugar o que resulten de dicho incumplimiento.

3. El cargador deberá informar oportunamente al porteador de la índole o estado peligroso de las mercancías, antes de que el consignador haga entrega de ellas al porteador o a una parte ejecutante. De no obrar así el cargador y de no enterarse el porteador o alguna parte ejecutante, por algún otro conducto, de su índole o estado peligroso, el cargador será responsable frente al porteador y frente a dicha parte ejecutante de la pérdida, del daño, de la demora y de los gastos directos o indirectos a que dé lugar o que resulten de dicha remesa.

---

[131] Como se indica en la nota 83 de A/CN.9/WG.III/WP.39, tal vez proceda reconsiderar más adelante la cuestión de la responsabilidad frente al consignatario y frente a la parte controladora.

[132] Como se indica en la nota 84 de A/CN.9/WG.III/WP.39, se retuvo para su ulterior examen el párrafo 3 de la variante B del proyecto de artículo 31 (A/CN.9/WG.III/WP.32). El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si esta disposición relativa a las causas concurrentes debe reflejar también lo dispuesto en el párrafo correspondiente del proyecto de artículo 17.

[133] Las correcciones se hacen al texto enunciado en párrafo 20 de A/CN.9/WG.III/WP.39.

[134] Como se indica en la nota 90 de A/CN.9/WG.III/WP.39, se ha colocado entre corchetes el proyecto de artículo 32 y se examinarán en un futuro período de sesiones las cuestiones del nexo de causalidad entre la declaración y la eventual demora, así como la indemnización de los daños imputables a la demora. Cabría, además, colocar al proyecto de artículo 32 en el capítulo 6 concerniente a la responsabilidad del porteador.

[135] Este texto refleja mejor las deliberaciones del Grupo de Trabajo en su solicitud en los párrafos 146 a 148 de A/CN.9/552 y sustituye al texto propuesto en el párrafo 19 de A/CN.9/WG.III/WP.39.

Artículo 34. Asunción de los derechos y obligaciones del cargador[136]

Si una persona designada en los datos del contrato como "cargador", pese a no serlo en el sentido de la definición dada en el apartado h) del artículo 1, [acepta el] [recibe el] [pasa a ser el tenedor del] título de transporte o [el] [del] documento electrónico de transporte, dicha persona: a) quedará sujeta [a las responsabilidades y obligaciones] que incumben al cargador con arreglo a lo dispuesto en el presente capítulo y en el artículo 59; y b) gozará de los derechos y de las exoneraciones que el presente capítulo y el capítulo 14 reconocen al cargador.

Artículo 35. Responsabilidad subsidiaria del cargador[137]

El cargador será responsable de los actos y omisiones de cualquier persona en la que haya delegado el cumplimiento de alguna de sus obligaciones enunciadas en el presente capítulo, lo que incluye a todo subcontratista, empleado o agente y a cualquier otra persona [salvo el porteador o las partes ejecutantes] que actúe, directa o indirectamente, a instancia suya o bajo su supervisión o control, al igual que si dichos actos u omisiones fueran suyos. Con arreglo al presente artículo, la responsabilidad solo recaerá en el cargador cuando dicha persona haya cometido el acto o la omisión de que se trate en el ejercicio de alguna función que tenga asignada en su condición de subcontratista, empleado o agente del cargador[138].

[*Artículo 36. Extinción de la responsabilidad del cargador*[139]

Si el contrato de transporte estipula que la responsabilidad del cargador o de toda otra persona designada en los datos del contrato como cargador se extinguirá, total o parcialmente, de producirse un determinado hecho o a partir de determinado momento, tal extinción no será válida:

a) Por lo que se refiere a cualquier responsabilidad que el presente capítulo imponga al cargador o a alguna persona a la que se haga referencia en el artículo 34; o

b) Por lo que se refiere a toda suma pagadera al porteador con arreglo al contrato de transporte, salvo en la medida en que el porteador disponga de una garantía adecuada[140] para el cobro de dichas sumas;

---

[136] Las correcciones se hacen a un texto enunciado en párrafo 21 de A/CN.9/WG.III/WP.39. Como se indica en la nota 91 de A/CN.9/WG.III/WP.39, debería examinarse más en detalle el alcance de esta disposición, así como si procede que sea una regla meramente supletoria para el supuesto de que no se conozca la identidad del cargador contractual.

[137] Las correcciones se hacen al texto enunciado en párrafo 22 de A/CN.9/WG.III/WP.39. Los cambios tienen por objeto alinear este artículo con el artículo 19 concerniente a la responsabilidad subsidiaria del porteador.

[138] Como se indica en la nota 94 de A/CN.9/WG.III/WP.39 se mantuvo el texto actual para su ulterior examen, y convendría considerar en un futuro período de sesiones lo relativo a la interacción entre lo dispuesto en este artículo y lo dispuesto en los proyectos de artículo 14 2) y 32.

[139] Anteriormente artículo 43 2) de A/CN.9/WG.III/WP.32 reubicado aquí al haberse suprimido el capítulo 9 relativo al flete.

c) En la medida en que dicha extinción sea contraria a lo dispuesto en el artículo 63[141].]

CAPÍTULO 9. TÍTULOS DE TRANSPORTE Y DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS DE TRANSPORTE[142]

Artículo 37. Emisión de un título de transporte o de un documento electrónico de transporte

Al hacer entrega de las mercancías al porteador o a una parte ejecutante:

a) El consignador tendrá derecho a obtener un título de transporte o, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 5 a), un documento electrónico de transporte que deje constancia de que el porteador o una parte ejecutante ha recibido las mercancías; y

b) El cargador o, si el cargador previene de ello al porteador, la persona a la que se hace referencia en el artículo 34, tendrá derecho a obtener del porteador un título de transporte negociable o, con arreglo a lo dispuesto en el apartado a) del artículo 5, un documento electrónico de transporte negociable apropiado, salvo que el cargador y el porteador hayan convenido, explícita o implícitamente, en que no se utilice ni título de transporte ni documento electrónico de transporte negociable alguno, o salvo que utilizar dicho título o documento sea contrario a la costumbre, los usos o la práctica comercial del ramo[143].

Artículo 38. Datos del contrato

1. Los datos del contrato consignados en el título de transporte o en el documento electrónico de transporte al que se hace referencia en el artículo 37 deberán incluir:

a) Una descripción de las mercancías;

b) Las marcas principales requeridas para identificar las mercancías, conforme sean entregadas por el cargador, previo a la recepción de las mercancías por el porteador o por una parte ejecutante;

---

[140] Dada la supresión del anterior proyecto de artículo 45 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se ha suprimido del texto del proyecto de artículo el miembro de la frase "conforme al artículo 45 ..." como respuesta a dicha supresión.

[141] Como se indica en la nota 208, *infra*, se suprimió el anterior proyecto de artículo 62 de A/CN.9/WG.III/WP.32 a favor del proyecto de artículo 61 *bis* que se ha renumerado como artículo 63.

[142] Con la salvedad de la renumeración señalada y de ciertos epígrafes propuestos para los artículos y mejoras de estilo, así como de ciertos ajustes efectuados a raíz de los criterios concernientes al comercio electrónico aprobados por el Grupo de Trabajo en párrafo 200 de A/CN.9/576 (para la revisión del artículo 37) y en los párrafos 207, 209 y 210 de A/CN.9/576 (para la revisión del artículo 39), este cap. sigue básicamente el texto enunciado en A/CN.9/WG.III/WP.32.

[143] Como se indica en la nota 127 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se reconoció en lo concerniente al apartado a), que dado que, conforme a la definición del proyecto de artículo 1 n), no todo documento de transporte ha de cumplir la función de dejar constancia de la recepción de las mercancías por el porteador, era importante que, con arreglo al apartado a), el documento de transporte debería cumplir esa función de recibo.

c) i) El número de bultos o de unidades, o la cantidad, conforme a lo que sea entregado por el cargador, previo a la recepción de las mercancías por el porteador o por una parte ejecutante; y

ii) El peso, conforme a lo que sea entregado por el cargador, previo a la recepción de las mercancías por el porteador o por una parte ejecutante[144];

d) Una declaración acerca del buen estado y de las buenas condiciones aparentes de las mercancías en el momento en que el porteador o una parte ejecutante las reciba para transportarlas;

e) El nombre y la dirección del porteador; y

f) la fecha

i) en la que el porteador o una parte ejecutante recibieron las mercancías; o

ii) en la que las mercancías fueron cargadas a bordo del buque; o

iii) en la que se haya emitido el título de transporte o el documento electrónico de transporte[145].

2. La indicación en el párrafo 1 concerniente "al buen estado y las buenas condiciones aparentes" de las mercancías, se entenderá referida al estado y las condiciones de las mercancías conforme se haya comprobado a raíz de:

a) Una inspección externa razonable de las mercancías según estén embaladas en el momento en que el cargador las entregue al porteador o a una parte ejecutante; y

b) Cualquier inspección adicional que el porteador o una parte ejecutante realice de hecho antes de emitir el título de transporte o el documento electrónico de transporte.

---

144 Como se indica en la nota 129 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se expresó la inquietud en el párrafo 28 de A/CN.9/526 de que cabría interpretar esta frase en un sentido que impondría una carga excesiva sobre el cargador, a lo que se respondió que esta regla no tenía por objeto imponer responsabilidad alguna al cargador. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la conveniencia de sustituir la frase "conforme sean entregadas por el cargador" por "caso de ser entregadas por el cargador".

145 Como se indica en la nota 130 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se sugirió que el Grupo de Trabajo estudiara la posibilidad de reformular el párrafo 1 incluyendo el nombre y la dirección del consignatario entre los datos del contrato que deberán consignarse en el título de transporte. Véanse también los cambios sugeridos al proyecto de artículo 48, *infra*. El Grupo de Trabajo tal vez desee determinar si el nombre y la dirección del consignatario deben figurar en una lista de datos imperativos, y como se sancionará todo incumplimiento de la obligación de facilitar datos imperativos. La sanción podrá variar según que el título o documento de transporte emitido sea o no negociable.

Artículo 39. Firma[146]

1. Todo título de transporte deberá estar firmado por el porteador o por una persona que actúe con poder del porteador.

2. Todo documento electrónico de transporte deberá llevar la firma electrónica del porteador o de una persona que actúe con poder del porteador. Dicha firma electrónica deberá identificar al signatario en su relación con el documento electrónico de transporte y deberá indicar que el porteador autoriza el documento electrónico de transporte[147].

Artículo 40. Deficiencias en los datos del contrato

1. La ausencia de uno o más de los datos del contrato a los que se hace referencia en el artículo 38 1), o la inexactitud de uno o más de dichos datos, no afecta de por sí a la naturaleza o validez jurídica del título de transporte o del documento electrónico de transporte.

2. Si los datos del contrato incluyen la fecha, pero no indican debidamente su significado, se considerará que la fecha es:

a) Cuando los datos del contrato indiquen que las mercancías han sido cargadas a bordo de un buque, la fecha en que todas las mercancías consignadas en el título de transporte o en el documento electrónico de transporte quedaron cargadas a bordo del buque; o

b) Cuando los datos del contrato no indiquen que las mercancías se cargaron a bordo de un buque, la fecha en que el porteador o una parte ejecutante recibieron las mercancías.

[3. Si los datos del contrato no identifican al porteador, pero indican que las mercancías han sido cargadas a bordo de un buque designado, se presumirá que el propietario inscrito del buque es el porteador. El propietario inscrito podrá rebatir esa presunción si prueba que el buque se hallaba, al efectuarse el transporte, bajo contrato con un fletador que haya fletado el buque a casco desnudo, lo que transfiere la responsabilidad contractual del transporte de las mercancías al fletador identificado como fletador a casco desnudo. [Si el propietario inscrito rebate la

---

146 Si bien el Grupo de Trabajo revisó este proyecto de artículo durante su examen de los aspectos concernientes al comercio electrónico del proyecto de convenio, el texto original enunciado en A/CN.9/WG.III/WP.32 llevaba la siguiente nota 132: El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si debiera definirse el concepto de firma como se hace, por ejemplo, en el artículo 14 3) de las Reglas de Hamburgo, particularmente a la luz de la práctica comercial moderna.

147 A raíz del examen de las disposiciones relativas al comercio electrónico del proyecto de convenio el Grupo de Trabajo aprobó, en su 15º período de sesiones, estos cambios (párrafos 205 y 207 de A/CN.9/576) para su ulterior estudio. La Ley Modelo de las Naciones Unidas sobre Firmas Electrónicas de 2001 define la firma electrónica como, "los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, que puedan ser utilizados para identificar al firmante en relación con el mensaje de datos e indicar que el firmante aprueba la información recogida en el mensaje de datos". Dado que este término aparece una sola vez en el proyecto de convenio, se sugiere que no es necesario definirlo. La disposición retiene, no obstante, la referencia a las funciones esenciales de la firma electrónica (es decir, identificar al firmante e indicar que aprueba el documento). La única referencia radica en que el proyecto de convenio utiliza el término "autorizar" en vez de "aprobar".

presunción de que él es el porteador con arreglo al presente artículo, se presumirá que el fletador a casco desnudo en el momento del transporte es el porteador, al igual que se presumió que el propietario inscrito era el porteador.][148]]

4. Si los datos del contrato no indican que las mercancías estaban en buen estado y en buenas condiciones aparentes en el momento en que el porteador o una parte ejecutante las recibió del consignador, el título de transporte o el documento electrónico de transporte constituirá, según corresponda, o bien prueba rebatible o bien prueba concluyente con arreglo al artículo 43 de que las mercancías estaban en buen estado y en buenas condiciones aparentes en el momento en que el consignador las entregó al porteador o a una parte ejecutante.

Artículo 41. Reservas concernientes a la descripción de las mercancías en los datos del contrato

El porteador, si obra de buena fe cuando emite un título de transporte o un documento electrónico de transporte, podrá formular reservas a la información a la que se hace referencia en el artículo 38 1) a), 38 1) b) o 38 1) c) en los supuestos y de la manera que se describen a continuación para indicar que el porteador no responde de la exactitud de la información facilitada por el cargador:

a) En el caso de mercancías no transportadas en contenedores

i) si el porteador puede demostrar que carecía de medios razonables para verificar la información facilitada por el cargador, podrá hacerlo constar en los datos del contrato, indicando la información a que se refiera, o

ii) si el porteador tiene buenas razones para estimar que la información facilitada por el cargador es inexacta, podrá incluir una cláusula indicando lo que razonablemente entiende por información exacta.

b) En el caso de mercancías entregadas al porteador o a una parte ejecutante en un contenedor cerrado, a menos[149] que el porteador o una parte ejecutante inspeccione efectivamente las mercancías que se encuentren en el interior del contenedor o adquiera de alguna otra forma un conocimiento efectivo del contenido del contenedor antes de emitir el título de transporte o el documento electrónico de transporte; ahora bien, en dicho supuesto, siempre que le sea posible formular reservas, caso de que estime razonablemente que la información facilitada por el

---

[148] Como se indica en la nota 137 de A/CN.9/WG.III/WP.32, prevaleció el parecer en el Grupo de Trabajo de que el párrafo 3 planteaba un problema grave que debería tratarse en el proyecto de convenio, pero que la cuestión requería un estudio más detenido de otros medios aptos para resolver el problema, y el enunciado actual de la disposición aún no era satisfactorio. El Grupo de Trabajo decidió mantener el párrafo 3 entre corchetes en el proyecto de convenio, y examinarlo con mayor detenimiento en una fecha ulterior.

[149] Como se indica en la nota 140 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se ha trasladado al comienzo del apartado el texto "a menos que el porteador o una parte ejecutante inspeccione efectivamente las mercancías colocadas dentro del contenedor u obtenga de otra forma un conocimiento efectivo del contenido del contenedor antes de que se emita el título de transporte, siempre y cuando, en tal caso, el porteador puede incorporar la cláusula a los datos del contrato si considera razonablemente que la información facilitada por el cargador sobre el contenido del contenedor es inexacta" que se encontraba previamente al final de ese apartado, a fin de que sea claramente aplicable a la totalidad del texto del apartado.

cargador respecto del contenido del contenedor es inexacta[150], el porteador podrá incluir en los datos del contrato una cláusula de reserva respecto de:

i) las marcas de identificación que lleven las mercancías que se encuentren dentro del contenedor, o

ii) el número de bultos, el número de piezas o la cantidad de mercancías que vayan dentro del contenedor.

c) En el caso de mercancías que se entreguen al porteador o a una parte ejecutante en el interior de un contenedor cerrado, el porteador podrá formular reservas respecto de toda declaración del peso de las mercancías o del peso y el contenido del contenedor, declarando explícitamente que él no ha pesado ese contenedor, si

i) el porteador puede demostrar que ni él ni una parte ejecutante han pesado el contenedor, y si el cargador y el porteador no estipularon con anterioridad al transporte que el contenedor debía pesarse y que debía consignarse el peso en los datos del contrato, o

ii) si el porteador puede demostrar que no disponía de ningún medio de verificación razonable para comprobar el peso del contenedor[151].

Artículo 42. Medios de verificación razonables y la actuación de buena fe

A los efectos del artículo 41:

a) Un "medio de verificación razonable" deberá ser no solo materialmente practicable sino también comercialmente razonable;

b) El porteador obrará de "buena fe" al emitir un título de transporte o un documento electrónico de transporte; si

i) el porteador ignora de hecho que alguna declaración esencial del título de transporte o del documento electrónico de transporte es falsa o induce a error; y si

---

[150] Como se indica en la nota 141 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se sugirió asimismo incluir en el apartado b) un texto similar al del inciso ii) del apartado a) para regular el caso en que el porteador considere razonablemente que la información facilitada por el cargador respecto del contenido del contenedor es inexacta. El Grupo de Trabajo tal vez desee también tomar nota de la sugerencias formuladas en el párrafo 37 del documento A/CN.9/526 en el sentido de que se exija a todo porteador que formule alguna reserva respecto de la información consignada en el título de transporte que motive dicha reserva, y que el proyecto de convenio regule el supuesto de que el porteador consienta en no formular reserva alguna respecto de la descripción de las mercancías, con miras, por ejemplo, a no dificultar la emisión de un crédito documentario, pero obtuviera una garantía del cargador. Otra sugerencia fue que, cuando el porteador, obrando de mala fe, hubiera consentido en no formular reservas acerca de la información consignada en los datos del contrato, se sancionara su conducta y dicho porteador se viera privado de la posibilidad de invocar toda limitación de su responsabilidad.

[151] Como se indica en la nota 129 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se sugirió que se añadiera algún texto que regulara adecuadamente el caso de que no se dispusiera de una oportunidad comercialmente razonable de pesar el contenedor. Ahora bien, se estimó que la palabra "comercialmente" era innecesaria a la luz de la definición del artículo 42 a), por lo que se suprimió.

ii) el porteador no se ha abstenido intencionalmente de verificar si una declaración esencial consignada en el título de transporte o en el documento electrónico de transporte es falsa o induce a error por estimar que es probable que esa declaración sea falsa o engañosa;

c) Toda parte que alegue que el porteador no obró de buena fe al emitir un título de transporte o un documento electrónico de transporte deberá probar dicho alegato.

Artículo 43. Prueba rebatible y prueba concluyente

De no disponer otra cosa el artículo 44, todo título de transporte o todo documento electrónico de transporte que deje constancia de la recepción de las mercancías constituye:

a) Prueba rebatible de que el porteador ha recibido las mercancías conforme están descritas en los datos del contrato; o

b) Prueba concluyente de que el porteador ha recibido las mercancías conforme están descritas en los datos del contrato:

[i)] si se ha transferido un título de transporte negociable o un documento electrónico de transporte negociable a un tercero que obraba de buena fe [o

ii) Variante A del apartado b) ii)[152]

si una persona, que obraba de buena fe, ha abonado algún precio o modificado de alguna otra manera su situación fiándose de la descripción que se da en los datos del contrato de las mercancías.]

ii) Variante B del apartado b) ii)

si no se ha emitido ningún título de transporte negociable o ningún documento electrónico de transporte negociable y si el consignatario ha comprado y pagado las mercancías confiando en la descripción de dichas mercancías consignada en los datos del contrato[153].]

---

[152] La variante A del apartado b) ii) está basada en el texto original del proyecto de convenio en A/CN.9/WG.III/WP.21.

[153] Como se indica en la nota 145 de A/CN.9/WG.III/WP.32, prevaleció en el Grupo de Trabajo el parecer de que se retuviera entre corchetes el apartado b) ii) y que se pidiera a la Secretaría que lo modificara según procediera a la luz de las opiniones expresadas y de las sugerencias efectuadas en los párrafos 45 a 47 de A/CN.9/526. Se propuso la variante B en A/CN.9/WG.III/WP.32 en respuesta a la inquietud de que la variante A introdujera una práctica novedosa y desconocida en el derecho europeo en lo concerniente a los documentos no negociables.

Artículo 44. Fuerza probatoria de una cláusula de reserva

Si en los datos del contrato figura una cláusula de reserva incorporada conforme a lo prescrito en el artículo 41, el título de transporte o el documento electrónico de transporte no constituirá ni prueba rebatible ni prueba concluyente, con arreglo al artículo 43, en la medida en que la descripción de las mercancías esté condicionada por dicha reserva[154].

[*Artículo 45. "Flete pagado de antemano"*[155]

Si los datos del contrato que figuren en un título de transporte negociable o en un documento electrónico negociable de transporte contienen la indicación "flete pagado de antemano" o una indicación análoga, ni el tenedor ni el consignatario serán responsables del pago del flete. El presente artículo no será aplicable si el tenedor o el consignatario es también el cargador.]

---

[154] Como se indica en la nota 146 de A/CN.9/WG.III/WP.32, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la variante del proyecto de artículo 44 sugerida en los párrafos 153 y 154 de A/CN.9/WG.III/WP.21:

"Si en los datos del contrato figura una reserva, el título de transporte no constituirá ni una prueba rebatible ni una prueba concluyente con arreglo al artículo 43, en la medida en que la descripción de las mercancías esté condicionada por la reserva, siempre que esa reserva "surta efecto" con arreglo al párrafo 2".

Sería entonces necesario añadir una nueva disposición, tal vez numerada párrafo 2, que disponga:

"Toda reserva incorporada a los datos del contrato surtirá efecto, conforme a lo previsto en el párrafo 1, en los siguientes supuestos:

a) Para las mercancías que no se transporten en contenedores, surtirá efecto, con arreglo a sus propios términos, toda reserva que cumpla lo prescrito en el artículo 41;

b) Para las mercancías que se transporten en un contenedor cerrado, surtirá efecto, con arreglo a sus propios términos, toda reserva que cumpla con lo prescrito en el artículo 41:

i) Si el porteador o una parte ejecutante hace entrega del contenedor intacto y sin daños, o con algún daño en el contenedor que no haya causado pérdida o daño en las mercancías; y

ii) Si no existe prueba alguna de que el porteador o una parte ejecutante que haya recibido el contenedor haya abierto dicho contenedor con anterioridad a su entrega o, de haberlo abierto, la reserva surtirá efecto en la medida en que:

1) el contenedor fuera abierto para fines de inspección;

2) la inspección se efectuara ante testigos adecuados, y

3) el contenedor fuera debidamente cerrado a raíz de su inspección, y fuera nuevamente sellado, si se hallaba sellado antes de la inspección".

[155] Antiguo artículo 44 1) de A/CN.9/WG.III/WP.32 retenido conforme a lo acordado en forma de proyecto de artículo 45 (véanse los párrafos 162 a 164 de A/CN.9/552).

CAPÍTULO 10. ENTREGA AL CONSIGNATARIO[156]

Artículo 46. Obligación de aceptar la entrega

Cuando las mercancías hayan llegado a su punto de destino, el consignatario [que ejercite cualquiera de sus derechos con arreglo al contrato de transporte][157] deberá aceptar la entrega de las mercancías en el momento y lugar a que se hace referencia en el artículo 11 4). [Si el consignatario, infringiendo esta obligación, deja las mercancías bajo la custodia del porteador o de la parte ejecutante, el porteador o la parte ejecutante actuarán respecto de las mercancías en calidad de agentes del consignatario, pero sin responsabilidad alguna por la pérdida o daño de esas mercancías, salvo que dicha pérdida o daño resulte de algún acto u omisión personal del porteador [o de la parte ejecutante][158] efectuado con la intención de causar dicha pérdida o dicho daño, o con negligencia temeraria y a sabiendas de que era probable que de ello resultara dicha pérdida o daño][159].

Artículo 47. Obligación de acusar recibo

De solicitarlo el porteador o la parte ejecutante que haga entrega de las mercancías, el consignatario deberá acusar recibo[160] de las mercancías entregadas por el porteador o por la parte ejecutante en la forma que sea habitual en el lugar de destino.

---

[156] El texto original de este capítulo ha sido tomado de A/CN.9/WG.III/WP.32 con ciertas mejoras de redacción que irán subrayadas y ciertas supresiones que irán tachadas.

[157] Como se indica en la nota 160 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se expresó preferencia por no supeditar la obligación de aceptar la entrega al ejercicio de algún derecho por el consignatario, sino hacer que dicha obligación sea incondicional.

[158] Como se indica en la nota 161 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se sugirió que el interés en que toda parte ejecutante sea responsable de todo acto u omisión que le sea imputable en su calidad de porteador, con arreglo a la segunda oración del proyecto de artículo 46, quedaría más claramente expresado si se añadiera el texto “o de la parte ejecutante” a continuación del texto “acto u omisión personal del porteador”.

[159] Como se indica en la nota 162 de A/CN.9/WG.III/WP.32 se sugirió que cabría fusionar el proyecto de artículo 46 y los proyectos de artículo 51, 52 y 53, o que cabría suprimir la segunda oración del proyecto de artículo 46 a fin de reducir la confusión a que daría lugar la aplicación combinada del proyecto de artículo 46 y de los proyectos de artículo 51, 52 y 53; y que cabría enunciar por separado las reglas de los proyectos de artículo 51, 52 y 53. Se ha optado por la segunda de estas variantes, y se ha colocado entre corchetes la última oración.

[160] Se pensó que sería preferible sustituir la expresión “confirmar la entrega” por “acusar recibo”, dado que el consignatario podía confirmar mejor su propio acto que el cumplimiento por el porteador de su obligación.

Artículo 48. Entrega en caso de no haberse emitido ni título de transporte negociable ni documento electrónico de transporte negociable

De no haberse emitido ni título de transporte negociable ni documento electrónico de transporte negociable, será aplicable lo dispuesto en los apartados siguientes:

a) Caso de que no figure entre los datos del contrato el nombre y la dirección del consignatario, la parte controladora deberá comunicar al porteador dichos datos antes de que las mercancías lleguen a su lugar de destino o a la llegada de las mismas a dicho lugar[161];

b) Variante A del apartado b)[162]

El porteador deberá hacer entrega al consignatario de las mercancías en el momento y el lugar mencionados en el artículo 11 4) al serle presentado por el consignatario algún medio de identificación adecuado[163];

Variante B del apartado b)

El porteador deberá hacer entrega al consignatario de las mercancías en el momento y lugar mencionados en el artículo 11 4). El consignatario deberá presentar algún medio de identificación adecuado como requisito previo para poder reclamar la entrega.

Variante C del párrafo b)

El porteador deberá hacer entrega al consignatario de las mercancías en el momento y el lugar mencionados en el artículo 11 4). El porteador podrá denegar la entrega al consignatario si este no presenta algún medio de identificación adecuado.

c) De no reclamar el consignatario al porteador la entrega de las mercancías, tras su llegada al lugar de destino, el porteador deberá informar al respecto a la parte controladora o, caso de no haber podido identificarla tras una gestión razonable a dicho fin, deberá informar al cargador. De haber obrado así, la parte controladora o el cargador deberá darle instrucciones en lo concerniente a la entrega de las mercancías. En el supuesto de que, tras una gestión razonable al respecto, el porteador no haya conseguido identificar y encontrar ni a la parte controladora ni al cargador, para los fines del presente apartado se considerará a la persona a la que se hace referencia en el artículo 34 como cargador de las mercancías. El porteador que haga entrega de las mercancías a raíz de una orden que

---

[161] Como se indica en la nota 164 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se ha incorporado al texto la sugerencia que se cita en el párrafo 75 del documento A/CN.9/526, relativa a la identidad del consignatario. Véase también la nota correspondiente al proyecto de artículo 38 1) f), *supra*.

[162] Como se indica en la nota 165 de A/CN.9/WG.III/WP.32, la variante A del apartado b) está basada en el texto original del proyecto de convenio que figura en A/CN.9/WG.III/WP.21.

[163] Como se indica en la nota 166 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se sugirió en el párrafo 76 de A/CN.9/526 reformular el apartado b) enunciando el derecho del porteador a denegar la entrega caso de no serle presentado un medio de identificación adecuado, pero sin transformar dicho derecho del porteador en una obligación suya, lo que se ha procurado reflejar en el texto de la variante B y de la variante C.

le sea dada por la parte controladora o por el cargador conforme a lo dispuesto en el presente apartado, quedará liberado de su obligación de hacer entrega de las mercancías con arreglo al contrato de transporte[164].

Artículo 49. La entrega, caso de haberse emitido un título de transporte negociable o un documento electrónico de transporte negociable

De haberse emitido un título de transporte negociable o un documento electrónico de transporte negociable, será aplicable lo dispuesto en los siguientes párrafos:

a) i) A reserva de lo dispuesto en el artículo 46, el tenedor de un título de transporte negociable tendrá derecho a reclamar al porteador la entrega de las mercancías una vez que hayan llegado a su lugar de destino, en cuyo caso el porteador deberá entregarlas a dicho tenedor en el momento y el lugar mencionados en el artículo 11 4) previa devolución por este del título de transporte negociable. En el supuesto de que se haya emitido más de un original de dicho título, bastará con devolver uno solo, ya que los demás originales dejarán de tener todo efecto o validez.

ii) A reserva de lo dispuesto en el artículo 46, el tenedor de un documento electrónico de transporte negociable tendrá derecho a reclamar al porteador la entrega de las mercancías una vez que hayan llegado a su lugar de destino, en cuyo caso el porteador hará entrega de las mercancías en el momento y el lugar a los que se hace referencia en el artículo 11 4) a dicho tenedor, si este demuestra, de conformidad con los procedimientos a los que se hace referencia en el artículo 6, ser el tenedor del documento electrónico de transporte. A raíz de dicha entrega, el documento electrónico de transporte dejará de tener todo efecto o validez[165].

b) Si el tenedor no reclama del porteador la entrega de las mercancías, una vez que hayan llegado a su lugar de destino, el porteador deberá informar de ello a la parte controladora o, si no ha conseguido, tras una gestión razonable a dicho fin, identificar o encontrar a la parte controladora, deberá informar al cargador. En dicho caso, la parte controladora o el cargador deberán dar instrucciones al porteador para la entrega de las mercancías. En el supuesto de que, tras una gestión razonable, el porteador no haya conseguido identificar y encontrar ni a la parte controladora ni al cargador, para los fines del presente apartado se tendrá por cargador a la persona a la que se hace referencia en el artículo 34[166].

---

[164] Como se indica en la nota 167 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se sugirió, al examinarse el proyecto de artículo 49 b) y c), que los principios enunciados en dichos apartados deberían ser igualmente aplicables al supuesto de que no se hubiera emitido título negociable alguno. Se ha insertado a dicho fin una nueva disposición en forma de apartado c).

[165] Como se indica en la nota 168 de A/CN.9/WG.III/WP.32, a reserva de la advertencia formulada en el párrafo 80 de A/CN.9/526 en el sentido de que el Grupo de Trabajo debería ponderar con sumo cuidado los diversos derechos y obligaciones de las partes, y sus consecuencias, a fin de llegar a una solución equilibrada y viable, conforme se observó en el párrafo 81 de A/CN.9/526, el Grupo de Trabajo estimó que el contenido de los apartados a) i) y ii) era en general aceptable.

[166] Como se indica en la nota 169 de A/CN.9/WG.III/WP.32, la sugerencia que se hizo en el párrafo 82 de A/CN.9/526, en el sentido de que el porteador debería estar obligado a aceptar el

c) [Pese a lo dispuesto en el apartado d),][167] el porteador que haga entrega de las mercancías a raíz de una orden que le sea dada por la parte controladora o por el cargador de conformidad con lo dispuesto en el apartado b), quedará liberado de su obligación nacida del contrato de transporte, de hacer entrega de las mercancías al tenedor[168], con independencia de que le haya sido devuelto el título de transporte negociable o de que la persona que reclame la entrega en virtud de un documento electrónico de transporte negociable consiga demostrar, de conformidad con los procedimientos a que se hace referencia en el artículo 6, que él es el tenedor.

Variante A del apartado d)[169]

d) [A reserva de lo dispuesto en el apartado c),][170] de efectuar el porteador la entrega de las mercancías en el lugar de destino sin que le haya sido devuelto el título de transporte negociable o sin que el tenedor del documento electrónico de transporte haya efectuado la demostración prescrita en el apartado a) ii), toda persona que pase a ser tenedor, una vez que el porteador haya hecho entrega de las mercancías al consignatario o a alguna persona con derecho a dicha entrega en virtud de un arreglo contractual o de otra índole, distinto del contrato de transporte, adquirirá derechos [frente al porteador][171] en el marco del contrato de transporte únicamente si: i) el traspaso del título de transporte negociable o del documento electrónico de transporte negociable se efectuó en virtud de un arreglo contractual o de otra índole concertado antes de la mencionada entrega de las mercancías; o ii) salvo que dicha persona, cuando pasó a ser tenedor del título o del

título de transporte negociable y a notificar a la parte controladora en el supuesto de que el tenedor del título no reclamara la entrega, parece estar ya recogida en el texto del apartado b).

[167] Como se indica en la nota 170 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se sugirió que no se veía claro cuál sería el efecto combinado de los apartados c) y d), dado que el tenedor de buena fe gozaría de cierta protección jurídica conforme a esta última disposición, pero sin que estuviera claro cuál sería exactamente su situación jurídica. Debe observarse que ya existe cierto vínculo entre los apartados c) y d) dado que el apartado c) comienza con el texto "pese a lo dispuesto en el apartado d)". Existen otras posibilidades como la de abrir el apartado d) con las palabras "A reserva de lo dispuesto" o la de insertar al final de dicho apartado una nueva oración que diga "Lo dispuesto en el presente apartado no será aplicable si el porteador entrega las mercancías de conformidad con lo dispuesto en el apartado c)". Se han colocado las diversas variantes provisionalmente entre corchetes.

[168] Se sugiere que se supriman los corchetes de las palabras "al tenedor", que ya figuraban en el texto original del documento A/CN.9/WG.III/WP.21, y que, para aclarar el texto, se mantengan dichas palabras en el apartado.

[169] La variante A es el texto que figura en A/CN.9/WG.III/WP.32, con las revisiones que se indican.

[170] Véase nota 167, *supra*.

[171] Como se indica en la nota 172 de A/CN.9/WG.III/WP.32, la primera objeción expresada en el párrafo 88 de A/CN.9/526 es la de que deberían precisarse mejor los derechos del tenedor en cuyo poder obrara un título de transporte negociable tras la entrega de las mercancías. Se pensó que la solución tal vez estuviera en indicar en el apartado d) que dicho tenedor adquiriría derechos frente al porteador, por lo que se insertó el texto que figura entre corchetes. Cabría también añadir que esos derechos nacen del incumplimiento por el porteador de su obligación con arreglo al proyecto de artículo 13, aun cuando ello tal vez no sea aconsejable. Cabe señalar también la nueva formulación, de alcance muy superior, que se sugiere, para el proyecto de artículo 61, *infra*. La segunda objeción expresada en el párrafo 88 de A/CN.9/526, de que la frase "no tuviera ni pudiera haber tenido razonablemente conocimiento de dicha entrega" creaba incertidumbre, no ha sido expresamente abordada.

documento, no tuviera ni pudiera haber tenido razonablemente conocimiento de la entrega de las mercancías. [El presente apartado no será aplicable si el porteador efectuó la entrega de las mercancías con arreglo a lo dispuesto en el apartado c)[172].]

Variante B del apartado d), distribuida en d) y e)[173]

d) De entregarse las mercancías con arreglo al apartado c), toda persona que pase a ser tenedor una vez que el porteador haya hecho entrega de las mercancías al consignatario o a alguna persona con derecho a dicha entrega en virtud de un arreglo contractual o de otra índole, distinto del contrato de transporte, adquirirá derechos nacidos del contrato de transporte, frente al porteador, salvo el derecho a la entrega de las mercancías, pero únicamente cuando el traspaso del título de transporte negociable o del documento electrónico de transporte negociable se haya efectuado a raíz de un acuerdo contractual o de otra índole concertado con anterioridad a la entrega de las mercancías.

e) No obstante lo dispuesto en los apartados c) y d), todo tenedor que no haya tenido o que no pueda haber tenido conocimiento de dicha entrega en el momento en que pasó a ser tenedor adquirirá todo derecho incorporado al título de transporte negociable o al documento electrónico de transporte negociable.

Artículo 50. Incumplimiento de la obligación de dar las instrucciones debidas[174]

De no haber dado la parte controladora o el cargador las instrucciones debidas al porteador con arreglo a los artículos 48 y 49 o de no ser posible encontrar ni a la parte controladora ni al cargador[175], el porteador, sin perjuicio de ningún otro remedio de que disponga frente a la parte controladora o al cargador, podrá ejercitar sus derechos conforme a lo previsto en los artículos 51, 52 y 53.

---

[172] Véase nota 167 *supra*.

[173] Se propone la variante B como formulación mejorada de los principios enunciados en la variante A.

[174] Se sugirió que quedaría más claro el texto si el apartado e) del artículo 49 se disociara de dicho artículo y pasara a ser el proyecto de artículo 50.

[175] Como se indica en la nota 174 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se ha insertado este texto a raíz de la sugerencia formulada en el párrafo 89 de A/CN.9/526 de que se alineara el texto del apartado e) con el del apartado b) mediante la inserción de esta frase. Se ha hecho algún ajuste adicional y se han eliminado los corchetes, a fin de que el texto quede más claro.

Artículo 51. Imposibilidad de efectuar la entrega

1. El porteador podrá ejercitar los derechos y valerse de los remedios a que se hace referencia en el párrafo 2 por cuenta y riesgo[176] de la persona que tenga derecho a que se le haga entrega de las mercancías, si las mercancías han llegado al lugar de destino y:

a) Si el consignatario no aceptó efectivamente la entrega de las mercancías con arreglo a lo previsto en el presente capítulo en el momento y en el lugar a que se hace referencia en el artículo 11 4) [y si no se ha concluido ningún contrato explícito o implícito entre el porteador o la parte ejecutante y el consignatario en lo concerniente a la custodia de las mercancías][177]; o

b) Si el porteador no está autorizado, conforme a la normativa legal o reglamentaria aplicable, a hacer entrega al consignatario de las mercancías.

2. Los derechos y remedios a que se hace referencia en el párrafo 1, son:

a) almacenar las mercancías en algún lugar adecuado;

b) desembalar las mercancías si se encuentran en contenedores, o tomar toda otra medida que, en opinión del porteador, venga razonablemente impuesta por las circunstancias; o

c) hacer que las mercancías se vendan de conformidad con las prácticas, o las prescripciones legales o reglamentarias del lugar donde las mercancías se encuentren en dicho momento.

3. De venderse las mercancías con arreglo a lo previsto en el párrafo 2 c), el porteador deberá conservar el producto de la venta en provecho de la persona que tenga derecho a la entrega de las mercancías, a reserva de toda deducción por concepto de cualquier gasto en el que se haya incurrido respecto de las mercancías y de toda otra suma que le sea debida al porteador.

---

[176] Como se indica en la nota 176 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se expresó el temor de que el ejercicio por el porteador de sus derechos con arreglo al proyecto de artículo 51 pudiera resultar en gastos que se sumaran a los ya ocasionados por concepto de pérdidas y daños, y de que el valor de las mercancías pudiera no bastar, en algunos casos, para sufragar dichos gastos. A fin de paliar dicho temor se han insertado en el párrafo 1 las palabras “por cuenta y riesgo”.

[177] Como se indica en la nota 175 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se expresó inquietud respecto de la frase “no se ha concluido ningún contrato explícito o implícito entre el porteador o la parte ejecutante y el consignatario que suceda al contrato de transporte” por considerar que su texto resultaba confuso, ya que podría referirse al contrato de almacenamiento de las mercancías, si era el que sucedía “al contrato de transporte”, y se dijo que el concepto de “explícito o implícito” era difícil de entender, razón por la cual la frase formulada sigue estando entre corchetes para su eventual supresión.

Artículo 52. Notificación de llegada a su lugar de destino

El porteador podrá hacer uso del derecho mencionado en el artículo 51 únicamente tras haber notificado, con antelación razonable[178], de la llegada de las mercancías a su lugar de destino, a la persona indicada en los datos del contrato, de haberse indicado alguna, como persona a la que se haya de notificar dicha llegada, o al consignatario, o si no a la parte controladora o al cargador.

Artículo 53. Responsabilidad del porteador por mercancías que no haya podido entregar

Al ejercer alguno de sus derechos mencionados en el artículo 51 2), el porteador o una parte ejecutante será responsable[179] por la pérdida o el daño sufrido por las mercancías, solamente si dicha pérdida o dicho daño se deben [a un acto u omisión del porteador o de la parte ejecutante que se haya cometido con intención de causar dicha pérdida o dicho daño o con negligencia temeraria y a sabiendas de que se ocasionaría probablemente dicha pérdida o dicho daño][180].

CAPÍTULO 11. DERECHO DE CONTROL[181]

Artículo 54. Definición del derecho de control

[Por derecho de control sobre las mercancías se entenderá] [El derecho de control supone] el derecho de dar instrucciones al porteador, con arreglo al contrato de transporte, respecto de las mercancías durante el período de su responsabilidad conforme a lo indicado en el artículo 11 1)[182]. Dicho derecho comprende ciertos derechos, que son únicamente:

---

[178] Como se indica en la nota 177 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se cuestionó que bastara con dar aviso y que el porteador no tuviera que esperar la respuesta o reacción de la persona notificada antes de ejercitar sus derechos. Se han insertado las palabras “con antelación razonable” a continuación de “notificado”, en el proyecto de artículo 52, a fin de paliar esa objeción.

[179] Como se indica en la nota 178 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se expresó inquietud, en el párrafo 94 de A/CN.9/526, por la posibilidad de que se pudiera interpretar el proyecto de artículo 53 en el sentido de que pudiera dar lugar a alguna responsabilidad de la parte ejecutante. La supresión de las palabras “actos de un agente del titular de las mercancías pero sin ninguna responsabilidad” y la adición de las palabras “será responsable solamente” tienen por objeto paliar dicha inquietud.

[180] Como se indica en la nota 179 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se sugirió insertar el texto “o de la parte ejecutante” a continuación de las palabras “acto u omisión personal del porteador”, y que se suprimiera el término “personal”. Ambas sugerencias se han hecho constar en el texto.

[181] El texto original de este capítulo ha sido tomado de A/CN.9/WG.III/WP.32, con mejoras de redacción, posibles variantes y correcciones sugeridas que irán tachadas o subrayadas según que se vayan a suprimir o a introducir.

[182] Como se indica en la nota 181 de A/CN.9/WG.III/WP.32, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si procede modificar en cierta medida esta oración y trasladarla a la definición de “derecho de control” en el proyecto de artículo 1 l).

a) El derecho a dar o a modificar instrucciones concernientes a las mercancías en tanto que ello no constituya una alteración del contrato de transporte[183];

b) El derecho a reclamar la entrega de las mercancías [antes de su llegada al lugar de destino] [en un puerto intermedio o algún lugar de la ruta][184]; y

c) El derecho a sustituir al consignatario por alguna otra persona o incluso por la propia parte controladora[185].

[*Artículo 55. Modificaciones del contrato de transporte*

1. La parte controladora goza con exclusividad del ejercicio del derecho de control y podrá estipular con el porteador toda modificación del contrato de transporte que no sea alguna de las modificaciones a las que se hace referencia en el artículo 54 b) y c)[186].

2. Toda modificación de un contrato de transporte, incluidas aquellas modificaciones a las que se hace referencia en el artículo 54 b) y c), deberá ser consignada, al pasar a ser válida, en el título de transporte [negociable] o incorporada al documento electrónico de transporte [negociable] y deberá ser rubricada o firmada de conformidad con lo previsto en el artículo 39[187].]

---

[183] Como se indica en la nota 182 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se expresó la inquietud en el párrafo 102 de A/CN.9/526 de que el texto "dar o modificar las instrucciones en tanto que ello no constituya una alteración del contrato" podía entenderse como contradictorio. Se respondió que debía hacerse una clara distinción entre lo que cabría designar como una modificación "normal" o leve de las instrucciones dadas respecto de las mercancías y una modificación de mayor alcance que alterara el contrato de transporte. Se sugirió que si se trasladara el apartado d) a un artículo aparte tal vez se paliaría esta inquietud.

[184] Esta variante propuesta entre corchetes tiene por objeto aclarar que la entrega de las mercancías antes de su llegada al lugar de destino no debe entenderse como un cambio de destino, sino únicamente como entrega de las mercancías en algún lugar de su ruta.

[185] Como se indica en la nota 180 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se debe suprimir el apartado d) conforme a la objeción formulada en el párrafo 103 de A/CN.9/526, a fin de salvaguardar la unilateralidad de toda orden que la parte controladora pueda dar al porteador, por oposición a toda modificación que se introduzca en las condiciones del contrato, para lo que haría falta que las partes en dicho contrato obraran de común acuerdo. Se respondió que dicha disposición ayudaba a definir el derecho de control en la medida en que aclaraba que durante el viaje la parte controladora ejercía la función de contraparte del porteador. A fin de responder a esas inquietudes y para evitar confundir el derecho de control con el derecho a convenir con el porteador alguna modificación del contrato de transporte, se sugirió trasladar el anterior artículo 54 d) formulándolo en un artículo aparte que sería el 55. Cabe también señalar que se habrá de retocar también la primera oración del encabezamiento en el supuesto de que se incluya una definición en el proyecto de artículo 1 l).

[186] El párrafo 1 incorpora el anterior artículo 54 d), junto con un nuevo texto insertado para insistir en la exclusividad de las facultades de la parte controladora.

[187] Se sugiere la conveniencia de la regla del párrafo 2, a fin de que toda enmienda del contrato de transporte sea firmada o al menos rubricada, como suele hacerse en la práctica. De aceptar esta propuesta el Grupo de Trabajo, se sugiere que se haga referencia al requisito de firma enunciado en el proyecto de artículo 39. Se ha suprimido el proyecto de artículo 56 2) d) y 3) c) por razón de la adición propuesta de este párrafo 2.

Artículo 56. Reglas aplicables a todo título de transporte o documento electrónico de transporte emitido

1. Cuando no se haya emitido título de transporte negociable alguno ni documento electrónico de transporte negociable alguno, serán aplicables las reglas siguientes:

a) El cargador será la parte controladora salvo que [haya convenido con el consignatario en que lo sea otra persona y él mismo se lo notifique al porteador. El cargador y el consignatario podrán convenir en que el consignatario sea la parte controladora] [designe parte controladora al consignatario o a alguna otra persona][188].

b) La parte controladora estará facultada para transferir el derecho de control a alguna otra persona, a raíz de lo cual el transferente perderá su derecho de control. El transferente [o el cesionario] [o, si la ley por lo demás aplicable lo permite, el cesionario][189] deberá dar aviso al porteador de dicha transferencia.

c) Siempre que vaya a ejercer su derecho de control de conformidad con el artículo 54, la parte controladora deberá presentar algún medio de identificación adecuado.

[d) El derecho de control [se extinguirá] [quedará transferido al consignatario] cuando, al haber llegado las mercancías a su punto de destino, el consignatario reclame la entrega de las mismas[190].]

---

[188] Como se indica en la nota 184 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se cuestionó en el párrafo 105 de A/CN.9/526 que se exigiera el consentimiento del consignatario para designar como parte controladora a toda otra persona que no fuera el cargador, cuando el consignatario ni siquiera era parte en el contrato de transporte. Se observó además que si el contrato estipulaba que el cargador era parte controladora durante la operación, el artículo 1 b) le facultaba para conferir unilateralmente su derecho de control a otra persona. Se había atendido a estas inquietudes colocando entre corchetes el texto que sigue a "salvo que", a fin de permitir su eventual supresión, e insertando en su lugar, también entre corchetes, el texto "designe parte controladora al consignatario o a alguna otra persona".

[189] Como se indica en la nota 185 de A/CN.9/WG.III/WP.32, a fin de responder a la objeción expresada en el párrafo 107 de A/CN.9/526 de que, en ciertos países, no sería posible perfeccionar una transferencia del derecho de control mediante un aviso del propio cesionario al porteador, cabría suprimir, en el. artículo 1 b) las palabras "o el cesionario", que han sido colocadas entre corchetes, junto con posibles palabras que serían acordes con las aprobadas con miras a un futuro examen en el proyecto de artículo 63.

[190] Como se indica en la nota 186 de A/CN.9/WG.III/WP.32, la parte controladora conserva su control sobre las mercancías hasta su entrega definitiva. Ahora bien, no se dice nada en el proyecto de artículo 56 acerca de cuál será el período durante el cual podrá ejercitarse el derecho de control en el supuesto de que se haya emitido un título de transporte o un documento de transporte electrónico no negociable. Se pensó que tal vez fuera posible atender a la observación efectuada, razón por la que se ha insertado el párrafo 1 d). Obsérvese, asimismo, que el párrafo 106 de A/CN.9/526 también menciona la inquietud de que se esté abriendo tal vez la puerta para poder frustrar una orden tan frecuente del cargador como la de que no se haga entrega de las mercancías hasta que no se haya recibido del cargador la confirmación de que su precio está ya pagado. Además, dado que el artículo 54 dice que el derecho de control consiste en la facultad de dar instrucciones al porteador durante el denominado período de responsabilidad del porteador, delimitado en el artículo 11, tal vez sea innecesario señalar cuándo concluirá el derecho de control.

2. Cuando se emita un título de transporte negociable, serán aplicables las reglas siguientes:

a) El tenedor o, caso de haberse emitido más de un original del título de transporte negociable, el tenedor de todos los originales será la única parte controladora.

b) El tenedor estará facultado para transferir el derecho de control transfiriendo el título de transporte negociable a otra persona de conformidad con el artículo 61, a raíz de lo cual el transferente perderá su derecho de control. De haberse emitido más de un original de dicho título, todos ellos deberán ser transferidos para que surta efecto una cesión del derecho de control.

c) A fin de ejercer el derecho de control, el tenedor deberá presentar al porteador el título de transporte negociable, si este se lo exige. De haberse emitido más de un original de dicho título, deberán presentarse todos los originales [salvo aquellos que obren ya en poder del porteador, en nombre de la propia persona que vaya a ejercer el derecho de control], en ausencia de lo cual no podrá ejercitarse el derecho de control[191].

3. Siempre que se emita un documento electrónico de transporte negociable:

a) El tenedor será la única parte controladora y estará facultado para transferir el derecho de control a alguna otra persona transfiriendo el documento electrónico de transporte negociable de conformidad con los procedimientos a que se hace referencia en el artículo 6, a raíz de lo cual el transferente perderá su derecho de control.

b) A fin de ejercer su derecho de control, el tenedor deberá demostrar, si se lo exige el porteador, que él es el tenedor, de conformidad con los procedimientos a que se hace referencia en el artículo 6.

4. Pese a lo dispuesto en el artículo 63[192], toda persona que, sin ser el cargador o la persona a la que se hace referencia en el artículo 34, haya transferido el derecho de control, sin haber hecho uso alguno de dicho derecho, quedará liberada, a raíz de dicha cesión, de toda responsabilidad impuesta a la parte controladora por el contrato de transporte o por el presente Convenio.

---

[191] Como se indica en la nota 188 de A/CN.9/WG.III/WP.32, el Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en que el párrafo 2 c) no había previsto debidamente las consecuencias que tendría el hecho de que el tenedor no presente al porteador todos los ejemplares de un título negociable, y en que, en dicho supuesto, el porteador podría negarse a seguir las instrucciones de la parte controladora. Prevaleció el parecer en el Grupo de Trabajo de que, en el supuesto de que la parte controladora no presente todos los ejemplares de un conocimiento de embarque, no cabrá ejercitar el derecho de control, y en que habría de establecerse una excepción a la regla de que la parte controladora habrá de presentar todos los ejemplares del conocimiento de embarque, en previsión del supuesto de que algún ejemplar del conocimiento obre ya en poder del porteador. A fin de responder a todas estas inquietudes, se sugiere que se inserte la variante indicada en el párrafo 2 c).

[192] La remisión se hacía al proyecto de artículo 62 de A/CN.9/WG.III/WP.32, que se suprimió a favor del proyecto de artículo 61 *bis*, que se ha renumerado como proyecto de artículo 63.

Artículo 57. Ejecución de las instrucciones por el porteador

1. Variante A del párrafo 1, incluido el párr. 1 *bis*[193]

A reserva de lo dispuesto en los párrafos 1 *bis*, 2 y 3, el porteador deberá ejecutar toda orden a la que se haga referencia en el artículo 54[194] siempre que dicha orden:

a) Pueda ser razonablemente ejecutada, a tenor de sus propios términos, en el momento de llegar dicha orden a la persona encargada de ejecutarla;

b) No interfiera en el curso normal de las operaciones del porteador o de una parte ejecutante; y

c) No origine gasto adicional alguno, ni pérdida o daño alguno, al porteador o a la parte ejecutante, ni a ninguna otra persona que goce de algún derecho sobre las demás mercancías que se transporten a bordo del mismo buque.

1 *bis*. Si cabe razonablemente prever que no se cumplirán una o más de las condiciones enunciadas en los apartados a), b) y c), el porteador no estará obligado a ejecutar dicha orden[195].

Variante B del párrafo 1

A reserva de lo dispuesto en los párrafos 2 y 3, el porteador deberá ejecutar las instrucciones a que se hace referencia en el artículo 54[196] si:

a) la persona que emite dichas instrucciones está facultada para ejercitar el derecho de control;

b) las instrucciones pueden ser razonablemente ejecutadas, a tenor de su propio texto, en el momento en que lleguen al porteador; y

---

[193] La variante A del párrafo 1 está basada en el texto original del proyecto de convenio en A/CN.9/WG.III/WP.21, como se indica en la nota 192 de A/CN.9/WG.III/WP.32, el Grupo de Trabajo se mostró en general de acuerdo en que el párrafo 1 debería ser reformulado a fin de reflejar en su texto las sugerencias recogidas en los párrafos 114 a 116. Se convino en que la nueva estructura de dicho párrafo debería reflejar, en primer lugar, las circunstancias en las que el porteador debería dar curso a toda orden recibida de la parte controladora, enunciando, en segundo lugar, las consecuencias a que daría lugar el que dichas órdenes se cumplan o no. Se pidió a la Secretaría que preparara un proyecto revisado, que ofreciera posibles variantes, a fin de que sirvan de base para proseguir las deliberaciones en algún período ulterior de sesiones, lo que se ha intentado hacer en la variante B.

[194] Se ha suprimido toda referencia a los apartados "a), b) o c)" en vista de la sugerencia de redacción de que se formule el artículo 54 d) en un proyecto de artículo 55 aparte.

[195] Se ha creado el párrafo 1 *bis* reformulando la última oración de la variante A, como mejora de redacción, pero sin alteración alguna del contenido.

[196] Véase la nota 194, *supra*.

c) dichas instrucciones no interfieren en el curso normal de las operaciones del porteador o de una parte ejecutante[197].

2. En todo supuesto, la parte controladora deberá reembolsar[198] al porteador o a las partes ejecutantes, y a toda persona que sea titular de algún derecho sobre otras mercancías transportadas en el mismo buque de toda pérdida o daño que puedan sufrir a resultas de haberse ejecutado alguna orden dada por la parte controladora en el marco del presente artículo[199].

3. De solicitarlo el porteador, la parte controladora deberá prestar garantía[200] por el monto de todo gasto adicional, pérdida o daño que quepa razonablemente prever. [El porteador tendrá derecho a obtener una garantía de la parte controladora en todo supuesto en el que:

a) Prevea razonablemente que la ejecución de una orden recibida en el marco de lo previsto en el presente artículo ocasionará algún gasto adicional o alguna pérdida o daño; pero

b) A pesar de ello esté dispuesto a ejecutarla.]

4. El porteador será responsable de toda pérdida o daño de las mercancías que resulte de no haber cumplido una orden de la parte controladora en violación del deber enunciado en el párrafo 1[201].

---

[197] La variante B fue presentada en A/CN.9/WG.III/WP.32 para responder a las inquietudes descritas en la nota 193 de dicho documento. A fin de evitar toda contradicción eventual entre el párrafo 1 c) y el proyecto de artículo 54 b) con respecto al derecho de control y a la posibilidad de que ocasionara "gastos adicionales", se sugirió que o bien se debería eximir al porteador de toda obligación de ejecutar una orden recibida en el marco de lo dispuesto en el proyecto de artículo 54 b) o que el texto del párrafo 1 c) debería limitar la obligación del porteador de ejecutar toda orden al supuesto de que la orden recibida no suponga un gasto adicional "notable". Además, conforme se observó en el párrafo 115 de A/CN.9/526, la sugerencia de suprimir el párrafo 1 c) obtuvo considerable apoyo en el Grupo de Trabajo. En vista de dichas sugerencias, cabría reformular el párrafo 1 conforme se indica, y cabría restringir el derecho del porteador a tenor del párrafo 3, como se indica en la nota 200 *infra*. Además, se ha suprimido el párrafo 1c).

[198] Como se indica en la nota 194 de A/CN.9/WG.III/WP.32, la noción de "indemnizar" sugería erróneamente que la parte controladora pudiera incurrir en responsabilidad, por lo que convendría sustituir dicha noción por la de "remunerar", que correspondía mejor al supuesto de un ejercicio legítimo de su derecho de control por la parte controladora.

[199] Como se indica en la nota 195 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se introdujeron los cambios en el párrafo 2 a raíz de la sugerencia en el párrafo 117 de A/CN.9/526 de que en la nueva estructura del párrafo deben enunciarse, en primer lugar, las circunstancias en las que el porteador deberá seguir las instrucciones u órdenes recibidas de la parte controladora y, en segundo lugar, las consecuencias de que dichas órdenes sean o no ejecutadas.

[200] Como se indica en la nota 196 de A/CN.9/WG.III/WP.32, pese a que se estimó que el párrafo 3 era "en general aceptable", como se observa en el párrafo 119 de A/CN.9/526, se han efectuado los cambios indicados a la luz de las observaciones sobre el proyecto de artículo 57 1). Véase la nota 197 *supra*.

[201] Como se indica en la nota 197 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se suscitó una cuestión acerca de la índole de la obligación a que estaba sujeto el porteador a tenor del proyecto de artículo 57, y acerca de si debía suavizarse la obligación impuesta al porteador de ejecutar la orden, obligándole únicamente a ejecutar, conforme sea posible, las órdenes recibidas de la parte controladora. Se expresó el parecer de que era preferible que estuviera sujeto a una obligación estricta de ejecutar la orden o las órdenes que recibía. Ahora bien, el porteador no debería ser

Artículo 58. Entrega presumible

Las mercancías que se entreguen a raíz de una orden dada en consonancia con el artículo 54 b), se tendrán por entregadas en el lugar de destino y les serán aplicables las disposiciones del capítulo 10 concernientes a dicha entrega.

Artículo 59. Obligación de facilitar información o documentos y de dar instrucciones al porteador

Si durante el período en que las mercancías están bajo su custodia, el porteador o una parte ejecutante solicita razonablemente instrucciones, información o algún documento, además de lo ya mencionado en el artículo 30 a), la parte controladora deberá facilitar esos datos a instancia tanto del porteador como de dicha parte ejecutante[202]. Si, tras un esfuerzo razonable, el porteador no ha podido identificar y encontrar a la parte controladora, o si la parte controladora no puede dar al porteador las instrucciones, la información, o los documentos adecuados, deberá hacerlo el cargador o la persona a la que se hace referencia en el artículo 34.

Artículo 60. Modificación por acuerdo

Lo dispuesto en los artículos 54 b) y c), y 57 podrá ser modificado por estipulación en contrario de las partes. Las partes podrán también restringir o excluir la transferibilidad del derecho de control de la que se habla en el artículo 56 1) b). De haberse emitido un título de transporte negociable o un documento electrónico de transporte negociable, toda estipulación de las partes conforme a lo previsto en el presente artículo deberá estar consignada en los datos del contrato o deberá ser incorporada[203] a ellos, por remisión.

---

responsable de las consecuencias de no haber ejecutado alguna orden si conseguía demostrar que hizo todo lo razonablemente posible por ejecutarla, o que la ejecución de la orden recibida no era razonable en las circunstancias del caso. Respecto de cuáles debían ser las consecuencias de no haber cumplido la orden, se sugirió que el texto del proyecto de convenio fuera más explícito indicando, por ejemplo, el tipo de responsabilidad en que incurriría el porteador a raíz de su incumplimiento y sus consecuencias para la ejecución subsiguiente del contrato. A fin de dar seguimiento a dichos pareceres, se ha insertado un nuevo párrafo 4. Respecto de las consecuencias del incumplimiento de alguna orden recibida, se presume que la intención implícita era que, en todo supuesto en el que debiera haberse ejecutado la orden, el porteador sea responsable por concepto de daños. Si el Grupo de Trabajo decide que se incluya alguna disposición en dicho sentido, tal vez desee considerar también si debe imponerse algún límite a dicha responsabilidad.

[202] Como se indica en la nota 199 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se apoyó en general la sugerencia de que se hiciera referencia a toda parte ejecutante eventual, además del porteador. En vista también de la recomendación mencionada en el párrafo 123 de A/CN.9/526, se han introducido ciertos cambios a fin de aclarar el texto del proyecto de artículo 59.

[203] Como se indicó en la nota 200 de A/CN.9/WG.III/WP.32, hubo amplio apoyo en el Grupo de Trabajo a favor de que en el texto revisado del proyecto de artículo 60 se evitara sugerir restricción alguna de la autonomía contractual de las partes para apartarse, en su contrato, de lo dispuesto en el capítulo 11. Cabe deducir además de la última oración del proyecto de artículo 60 que su texto será únicamente aplicable si el título de transporte o el documento electrónico de transporte emitido es negociable. El texto revisado menciona consiguientemente este extremo, junto con la referencia que se sugirió a todo acuerdo incorporado por remisión.

CAPÍTULO 12. TRANSFERENCIA DE DERECHOS[204]

Artículo 61. De emitirse un título o un documento electrónico de transporte negociable

1. De emitirse un título de transporte negociable, su tenedor estará facultado para transferir todo derecho incorporado a dicho título transfiriendo el propio título a otra persona,

a) debidamente endosado a la misma o endosado en blanco, si es un título a la orden, o,

b) sin endoso alguno, si es un título al portador o un título endosado en blanco, o también,

c) sin endoso alguno, si es un título emitido a la orden de determinada persona y la transferencia se hace entre el primer tenedor del título y dicha persona[205].

2. De emitirse un documento electrónico de transporte negociable, su tenedor estará facultado para transferir todo derecho incorporado a dicho documento, tanto si el documento se ha emitido simplemente a la orden como si se ha emitido a la orden de determinada persona, transfiriendo el documento de conformidad con los procedimientos de que se habla en el artículo 6[206].

Artículo 62. Responsabilidad del tenedor

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59, todo tenedor, que no sea el cargador, que no ejercite derecho alguno nacido del contrato de transporte, no asumirá responsabilidad alguna dimanante de dicho contrato por la sola razón de ser tenedor.

2. Todo tenedor, que no sea el cargador, que ejercite algún derecho nacido del contrato de transporte, asumirá [toda responsabilidad que le sea impuesta a tenor del contrato, en la medida en que dicha responsabilidad esté incorporada al título de transporte negociable o al documento electrónico de transporte negociable o sea determinable a partir de lo en ellos consignado] [toda responsabilidad que recaiga sobre la parte controladora con arreglo al capítulo 11 y toda responsabilidad imputable al cargador por el pago del flete, o por concepto de flete falso, sobrestadía y daños por la detención del buque, en la medida en que esas responsabilidades

---

[204] El texto original de este capítulo está tomado de A/CN.9/WG.III/WP.32 con mejoras de redacción subrayadas y correcciones tachadas.

[205] Como se observó en la nota 201 de A/CN.9/WG.III/WP.32, hubo fuerte apoyo en el Grupo de Trabajo por mantener el texto actual del proyecto de artículo 61 1) en aras de la armonía y por prestarse bien al empleo de documentos electrónicos de transporte negociables. Se tomó nota de la inquietud mencionada en el párrafo 132 de A/CN.9/526 respecto de los títulos negociables nominativos en el marco de algunos ordenamientos internos.

[206] Como se indicó en la nota 202 de A/CN.9/WG.III/WP.32, el Grupo de Trabajo tomó nota de que el párrafo 2) fue examinado por el Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones juntamente con otras disposiciones del proyecto de convenio relativas a los documentos electrónicos.

estén consignadas en el título de transporte negociable o en el documento electrónico de transporte negociable][207].

3. Para los fines de los párrafos 1 y 2 [y del artículo 46][208], todo tenedor, que no sea el cargador, no habrá ejercitado derecho alguno nacido del contrato de transporte, por la sola razón de que:

a) convenga con el porteador, con arreglo al artículo 7, en sustituir un título de transporte negociable por un documento electrónico de transporte negociable o, a la inversa, un documento electrónico de transporte negociable por un título de transporte negociable, o de que

b) transfiera sus derechos con arreglo al artículo 61.

Artículo 63[209]*. De no emitirse título o documento electrónico de transporte negociable alguno*

De no emitirse título de transporte negociable alguno ni documento electrónico de transporte negociable alguno, lo dispuesto en los siguientes apartados será aplicable a la transferencia de los derechos nacidos de un contrato de transporte:

a) La transferencia se regirá por la ley que sea aplicable al contrato por el que se transfieran dichos derechos o, si dichos derechos no se transfieren por vía contractual, por la ley aplicable a dicha transferencia;

b) La transferibilidad de los derechos que se vayan a transferir se regirá por la ley aplicable al contrato de transporte; y

c) Cualquiera que sea la ley que sea declarada aplicable a los apartados a) y b),

i) Se podrá efectuar por vía electrónica toda transferencia que sea por lo demás permisible con arreglo a la ley aplicable,

ii) Toda transferencia deberá ser notificada al porteador por el cedente o, si lo autoriza la ley que sea por lo demás aplicable, por el cesionario[210], y

---

[207] Como se indicó en la nota 204 de A/CN.9/WG.III/WP.32, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara un texto revisado del proyecto de párrafo 2 que reflejara debidamente los pareceres expresados. Ahora bien, los pareceres expresados en los precedentes párrafos 137 a 139 de A/CN.9/526 no eran coherentes. Los que deseaban una revisión del texto pidieron que en él se dispusiera cuáles eran las responsabilidades que asumiría todo tenedor, que hiciera uso de algún derecho nacido del contrato de transporte, a tenor de dicho contrato, y se ha intentado revisar algo el texto. Cabe señalar que existe cierta responsabilidad que tal vez deba considerarse, es decir, la responsabilidad por toda pérdida, daño o lesión causada por las mercancías (pero excluyendo en todo caso la responsabilidad a que pudiera dar lugar el incumplimiento de las obligaciones del cargador en el marco de lo dispuesto en el proyecto de artículo 28).

[208] La inclusión del texto entre corchetes dependerá de la decisión del Grupo de Trabajo concerniente a la inclusión del texto entre corchetes en el proyecto de artículo 46.

[209] El proyecto de artículo 63, anterior proyecto de artículo 61 *bis*, ha sustituido a los artículos 61 y 62 de A/CN.9/WG.III/WP.32, conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo en el párrafo 213 de A/CN.9/576, a raíz de su examen de los aspectos concernientes al comercio electrónico del artículo 63, conforme puede verse en el párrafo 12 de A/CN.9/WG.III/WP.47, y su deliberación sobre la sustitución de los artículos 61 y 62 por un proyecto de artículo 63, en los párrafos 212 y 213 de A/CN.9/576.

iii) Si una transferencia acarrea alguna responsabilidad referente al derecho transferido o que nazca de dicho derecho, el cedente y el cesionario deberán asumir mancomunada y solidariamente dicha responsabilidad.

CAPÍTULO 13. LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

Artículo 64. Límites básicos de la responsabilidad[211]

1. A reserva de lo dispuesto en el artículo 65 y 66 1), la responsabilidad del porteador por incumplimiento de sus obligaciones con arreglo al Convenio[212] quedará limitada a [...] unidades de cuenta por bulto u otra unidad de carga, o a [...] unidades de cuenta por kilogramo de peso bruto de las mercancías perdidas o dañadas, caso de ser superior esta suma, salvo que el cargador haya declarado la índole y el valor de las mercancías antes de su expedición y ese valor haya sido consignado en los datos del contrato, o en todo supuesto en el que el porteador y el cargador hayan estipulado una suma superior al límite de la responsabilidad fijado en el presente artículo.

Variante A del párrafo 2[213]

[2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, cuando a) el porteador no pueda determinar si las mercancías se perdieron o dañaron [o si la demora en la entrega fue causada][214] durante el transporte marítimo o durante el tramo anterior o posterior al tramo marítimo, y b) cuando el régimen de algún convenio internacional [o del derecho interno] sea aplicable, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 27, caso de que dicha pérdida, daño, [o demora] se haya producido durante un tramo anterior o posterior al tramo marítimo, en tal caso la responsabilidad del porteador por esa pérdida, daño [o demora] quedará limitada por el régimen de todo convenio internacional [o norma de derecho interno][215] que sería aplicable caso de haberse determinado el lugar donde se produjo el daño, o por los límites de la responsabilidad del presente Convenio, si resultan superiores a los que serían por lo demás aplicables.]

---

[210] Como se indica en la nota 57 de A/CN.9/WG.III/WP.47, si bien la notificación de la transferencia por el autor de la misma era una regla habitual, el derecho interno de algunos países exigen que el beneficiario de la transferencia efectúe la notificación. Se sugirió, por ello, sustituir el texto "ya sea por el cedente o por el cesionario" por la frase "por el cedente o, si lo autoriza la ley que sea por lo demás aplicable, por el cesionario", a fin de imponer la carga de la notificación al cedente del derecho transferido, pero dejando abierta la posibilidad de que la notificación la hiciera el cesionario, en aquellos lugares en donde esté autorizado para hacerlo.

[211] Las correcciones se hacen a los párrafos 1 y 3, y al texto de la variante B del párrafo 2 que figuran en el párrafo 6 de A/CN.9/WG.III/WP.39; la variante A del párrafo 2 es un nuevo texto propuesto.

[212] Se pensó que la adición del incumplimiento de las obligaciones del porteador hacía innecesaria la referencia a "concernientes a las" mercancías.

[213] La variante A trata de aclarar el texto de la variante B tomado del párrafo 6 de A/CN.9/WG.III/WP.39, pero no trata de alterar el criterio seguido.

[214] Véase nota 217 *infra*.

[215] Texto colocado entre corchetes como reflejo del texto del artículo 27 1), en espera de la decisión que adopte al respecto el Grupo de Trabajo.

Variante B del párrafo 2[216]

[2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, cuando el porteador no pueda determinar si las mercancías se perdieron o dañaron [o si la demora en la entrega fue causada][217] durante el transporte marítimo o durante el tramo anterior o posterior al tramo marítimo, será aplicable el máximo límite de la responsabilidad previsto en toda norma internacional [o nacional][218] de rango imperativo que sea aplicable a cualquiera de los tramos de la operación de transporte.]

3. Cuando las mercancías sean transportadas en o sobre un contenedor, paleta u otro medio auxiliar de transporte empleado para agrupar las mercancías[219], los bultos o las unidades de carga que estén consignados en los datos del contrato como habiendo sido colocados en o sobre dicho medio de transporte auxiliar serán tenidos por bultos o unidades de carga. De no figurar así consignadas, todas las mercancías colocadas en dicho medio auxiliar o sobre el mismo serán tenidas por una única unidad de carga.

4. La unidad de cuenta a la que se hace referencia en el presente artículo es el denominado derecho especial de giro definido por el Fondo Monetario Internacional. Toda suma a la que se haga referencia en el presente artículo deberá ser convertida a la moneda del Estado del foro según cuál sea el valor de dicha moneda en la fecha en que sea pronunciada la sentencia o en la fecha estipulada por las partes. El valor, expresado en derechos especiales de giro, de la moneda de un Estado Contratante que sea miembro del Fondo Monetario Internacional deberá ser calculado según el método que sea aplicado, en la fecha que proceda, por el Fondo Monetario Internacional para sus propias operaciones. El valor, expresado en derechos especiales de giro, de la moneda de un Estado Contratante que no sea miembro del Fondo Monetario Internacional deberá ser calculado según el método que sea seguido por dicho Estado[220].

---

[216] La variante B es el texto que figura en el párrafo 6 de A/CN.9/WG.III/WP.39.

[217] Como se indica en la nota 16 de A/CN.9/WG.III/WP.39, se mantuvo entre corchetes el proyecto de párrafo 2, y se introdujo, entre corchetes, una referencia a la entrega con demora de las mercancías, para su ulterior examen.

[218] Véase nota 215, *supra*.

[219] Como se indica en la nota 17 de A/CN.9/WG.III/WP.39, tal vez proceda revisar la definición de "contenedor" del proyecto de artículo 1 a fin de que sea aplicable a las paletas. El texto sugerido refleja el artículo IV.5 de las Reglas de La Haya-Visby y el artículo 6 2) de las Reglas de Hamburgo.

[220] El texto del párrafo 4 es básicamente igual al del párrafo 1 del texto aprobado con carácter no imperativo por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) en su 15º período de sesiones (A/37/17, párrafos 53 a 55 y 63, y en Anexo I, reproducido en el Anuario de la CNUDMI, vol. XIII: 1982, págs. 10 y 11) como texto preferido para la regla concerniente a la unidad de cuenta en la preparación de futuros convenios internacionales con reglas limitativas de la responsabilidad. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la adición del siguiente párrafo que refleja el párrafo 2 del texto aprobado en 1982 por la Comisión:

"5. El cálculo del que se habla en la última oración del párrafo 4 deberá hacerse con miras a expresar lo mejor posible, en la moneda nacional del Estado Contratante, el valor real en unidades de cuenta de las sumas de que se habla en el presente artículo. Todo Estado Contratante deberá comunicar su método de cálculo al depositario en el momento

Artículo 65. Responsabilidad por toda pérdida imputable a demora[221]

Variante A[222]

A reserva de lo dispuesto en el artículo 66 2), toda indemnización por pérdida material o daño de las mercancías, que sea imputable a demora, deberá ser calculada con arreglo al artículo 23 y [, salvo estipulación en contrario,] la responsabilidad[223] por toda pérdida económica imputable a demora quedará limitada a una cuantía equivalente a [una sola vez] el flete abonable por las mercancías demoradas. La suma total abonable con arreglo al presente artículo y al artículo 64 1) no podrá exceder del límite que sería aplicable con arreglo al artículo 64 1) por la pérdida total de las mercancías afectadas.

Variante B[224]

A reserva de lo dispuesto en el artículo 66 2), salvo estipulación en contrario,[225] de ocasionar la demora en la entrega alguna pérdida [indirecta][226] no imputable a la pérdida o daño de las mercancías transportadas, a la que por tanto no sea aplicable el artículo 23, la responsabilidad[227] por dicha pérdida quedará limitada a una cuantía equivalente a [una sola vez][228] el flete pagadero por las mercancías demoradas. La suma total abonable con arreglo a lo dispuesto en el presente artículo y en el artículo 64 1) no podrá exceder del límite que sea aplicable con arreglo al artículo 64 1) por la pérdida total de las mercancías afectadas.

---

de la firma o al depositar su instrumento de ratificación, adhesión, aprobación o adhesión, así como siempre que modifique su método de cálculo."

[221] Se trasladó a este lugar el proyecto de artículo 16 2) de A/CN.9/WG.III/WP.32 para insertarlo en el capítulo 13 como artículo aparte.

[222] La variante A está basada en la variante sugerida para la primera oración del párrafo 2 en la nota 11 de A/CN.9/WG.III/WP.39. Se ha pretendido únicamente aclarar lo concerniente a los daños indirectos conforme a lo sugerido en párrafo 25 de A/CN.9/552.

[223] Se sugirió emplear el término "responsabilidad" para utilizar un lenguaje coherente con el del nuevo capítulo creado concerniente a la "limitación de la responsabilidad".

[224] La variante B es una versión ligeramente revisada del texto en A/CN.9/WG.III/WP.32 conforme aparece en el párrafo 3 de A/CN.9/WG.III/WP.39, y aprobado en los párrafos 20, 22, 24, 28 y 31 de A/CN.9/552.

[225] Como se indica en la nota 10 de A/CN.9/WG.III/WP.39, se insertaron las palabras "salvo acuerdo en contrario" al principio del párrafo 2, pero convendría volver a estudiar esta cuestión en el contexto del proyecto de artículo 66 y del capítulo 20.

[226] Como se indica en la nota 11 de A/CN.9/WG.III/WP.39, se sugirió que se aclarara el texto concerniente a los daños indirectos.

[227] Véase nota 223, *supra*.

[228] Como se indica en la nota 12 de A/CN.9/WG.III/WP.39, se insertaron en el párrafo 2 las palabras "[una sola vez] el flete pagadero por las mercancías demoradas", a fin de proseguir el estudio de esta cuestión en algún período ulterior de sesiones.

Artículo 66. Pérdida del derecho a limitar la responsabilidad[229]

1. Ni el porteador ni ninguna de las personas a la que se haga referencia en el artículo 19 podrá limitar la responsabilidad en la que incurra con arreglo a lo dispuesto en los artículos 64 y 26 4)[230], [o con arreglo a lo estipulado en el contrato de transporte,][231] si el demandante prueba que[232] la pérdida o el daño sufrido por las mercancías o el incumplimiento de la obligación del porteador con arreglo al presente Convenio[233] ha resultado de un acto u omisión personal de la persona que reclame el derecho a limitar su responsabilidad, cometido con la intención de causar dicha pérdida o daño, o temerariamente y a sabiendas de que ese acto u omisión ocasionaría probablemente tal pérdida o daño.

2. Ni el porteador ni ninguna de las personas mencionadas en el artículo 19 podrá limitar su responsabilidad con arreglo a lo dispuesto en el artículo 65 si el demandante prueba que la demora en la entrega resultó de un acto u omisión personal, de la persona que reclame el derecho a limitar su responsabilidad, cometido con la intención de causar la pérdida imputable a la demora o temerariamente y a sabiendas de que ese acto ocasionaría probablemente dicha pérdida[234].

CAPÍTULO 14. DERECHOS DE ACCIÓN O PROCESALES[235]

Artículo 67. Partes

Variante A[236]

1. A reserva de lo dispuesto en el artículo 68 y en el apartado b) del artículo 68, toda acción nacida del contrato de transporte solo podrá ser ejercitada frente al porteador o frente a una parte ejecutante por:

a) El cargador, en la medida en que haya sufrido alguna pérdida o daño a resultas de un incumplimiento del contrato de transporte;

---

[229] Las correcciones se hacen al texto enunciado en el párrafo 8 de A/CN.9/WG.III/WP.39.

[230] Como se indica en la nota 34 de A/CN.9/WG.III/WP.39, tal vez deba examinarse más a fondo la sugerencia de insertar una remisión al artículo 23, al examinarse el capítulo 20.

[231] Como se indica en la nota 35 de A/CN.9/WG.III/WP.39, se mantuvieron entre corchetes las palabras "[o con arreglo a lo estipulado en el contrato de transporte,]" a fin de examinarlas en el marco del capítulo 20.

[232] Se suprimió aquí la referencia que se hacía a la demora, al haberse añadido el párrafo 2 del artículo 66.

[233] Se pensó que la referencia añadida al "incumplimiento de la obligación del porteador" hacía innecesario que se hablara de "[concerniente a las (mercancías)]".

[234] Se sugiere que el derecho a limitar la responsabilidad por alguna pérdida imputable a demora sea tratada por separado, razón por la cual se ha añadido el nuevo párrafo 2.

[235] El texto original de este capítulo está tomado, con mejoras subrayadas y correcciones tachadas, de A/CN.9/WG.III/WP.32.

[236] La variante A del artículo 67 está basada en el texto original del proyecto de convenio en A/CN.9/WG.III/WP.21. Los cambios del texto original, particularmente la combinación de los apartados c) y d) y la colocación de la última oración del texto original del artículo en un párrafo 2, no son de fondo sino meramente formales, con miras a evitar toda ambigüedad que pudiera haber en el texto original.

b) El consignatario, en la medida en que haya sufrido alguna pérdida o daño a resultas de un incumplimiento del contrato de transporte; o por

c) Toda persona a la que el cargador o el consignatario haya transferido sus derechos, o que haya adquirido por subrogación algún derecho nacido del contrato de transporte con arreglo al derecho interno aplicable, como por ejemplo algún asegurador, en la medida en que la persona cuyos derechos haya adquirido por cesión o por subrogación sufra alguna pérdida o daño a resultas de un incumplimiento del contrato de transporte.

2. De haberse traspasado, por cesión o por subrogación, algún derecho de acción o procesal con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 1 c), el porteador y la parte ejecutante tendrán derecho a invocar, frente a dicha acción, toda excepción y toda limitación de su responsabilidad que sea oponible frente a dicho tercero con arreglo a lo estipulado en el contrato de transporte o a lo dispuesto en el presente Convenio[237].

Variante B

Toda acción nacida o que resulte de un contrato de transporte podrá ser ejercitada por toda persona que tenga algún derecho legítimo al cumplimiento de alguna obligación nacida o que resulte de dicho contrato, siempre que dicha persona haya sufrido algún daño o alguna pérdida[238].

Artículo 68. Caso de haberse emitido un título de transporte negociable o un documento electrónico de transporte negociable

Caso de emitirse un título de transporte negociable o un documento electrónico de transporte negociable:

a) Su tenedor estará facultado para ejercitar toda acción nacida del contrato de transporte frente al porteador o frente a alguna parte ejecutante, sea o no él quien haya sufrido la pérdida o el daño[239]; y

---

[237] Como se indica en la nota 210 de A/CN.9/WG.III/WP.32, si bien se expresó firme apoyo por la supresión del abreviado proyecto de artículo 67, el Grupo de Trabajo decidió aplazar toda decisión respecto de dicho artículo hasta después de haber concluido su examen de los proyectos de artículo y hasta después de haber examinado el ámbito de aplicación del proyecto de convenio.

[238] Como se indica en la nota 211 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se pidió a la Secretaría que preparara alguna variante, en forma de una declaración general, por la que se reconociera el derecho de toda persona, que gozara de algún interés legítimo en el cumplimiento del contrato de transporte, a presentar una demanda judicial si es que dicha persona había sufrido alguna pérdida o daño. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si la Variante B ha previsto adecuadamente la situación en que pueda encontrarse un transitario.

[239] Como se indica en la nota 212 de A/CN.9/WG.III/WP.32, aun cuando no se haya formulado ninguna solicitud a la Secretaría respecto del proyecto de artículo 68, desde una perspectiva textual, la formulación puede ser mejorada conforme se sugiere. Además, cabe cuestionar la necesidad de la frase “, sea o no él quien haya sufrido alguna pérdida o daño”. De hecho, si se reconoce el derecho del tenedor a entablar una acción con independencia de si el daño o la pérdida son suyos, la relación del tenedor y la persona que haya efectivamente sufrido dicha pérdida o daño queda fuera del ámbito de aplicación del proyecto de convenio.

b) Cuando el demandante no sea el tenedor de dicho título o documento, el demandante deberá no solo probar el daño o la pérdida que le haya sido ocasionado por el incumplimiento del contrato de transporte, sino que deberá probar además que el tenedor no ha sufrido la pérdida o el daño que sean objeto de su demanda[240].

CAPÍTULO 15. PLAZO PARA PRESENTAR UNA DEMANDA[241]

Artículo 69. Prescripción de acciones

Variante A[242]

El porteador quedará liberado de toda responsabilidad con arreglo al presente Convenio[243], caso de no ser entablado un procedimiento judicial o arbitral contra él en el plazo de [un] año. El cargador quedará liberado de toda responsabilidad, en la que pueda haber incurrido conforme a lo dispuesto en el capítulo 8 del presente Convenio, caso de no ser entablado un procedimiento judicial o arbitral contra él dentro del plazo de [un] año[244].

---

[240] Se pensó que trasladar el antiguo proyecto de artículo 65 para insertarlo como apartado b) del artículo 68 constituía una mejora del texto del proyecto de convenio.

[241] El texto de este capítulo está tomado, con mejoras de redacción subrayadas y correcciones tachadas, de A/CN.9/WG.III/WP.32.

[242] La variante A del artículo 69 está basada en el texto original del proyecto de convenio en A/CN.9/WG.III/21.

[243] Texto cuya inserción se ha sugerido por razones de coherencia textual con el proyecto de artículo 64.

[244] Como se indica en la nota 215 de A/CN.9/WG.III/WP.32 el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que colocara la expresión numérica "un" entre corchetes, y que preparara una versión revisada del proyecto de artículo 69 que reflejara debidamente las opiniones expresadas.

Se preguntó, en el párrafo 166 de A/CN.9/526, por qué se mencionaba únicamente, respecto del plazo para presentar demanda, la responsabilidad del cargador a tenor del capítulo 8 del proyecto de convenio, y no se mencionaba también la responsabilidad del cargador a tenor de otros artículos, tales como los del ahora suprimido capítulo 9. Se sugirió además que todas las personas, que pudieran incurrir en responsabilidad a tenor del contrato de transporte, fueran mencionadas en el artículo 69. Cabe sugerir que si bien no todas las obligaciones nacidas del contrato de transporte están reguladas por el proyecto de convenio, por ejemplo la responsabilidad eventual del porteador por no haber cargado las mercancías, tal vez proceda que el capítulo 15 sea aplicable a todo tipo de responsabilidad que esté regulada por el convenio.

Tal vez sea buena la solución sugerida en el párrafo 166 de A/CN.9/526 de que se disponga únicamente que prescribirá toda demanda relativa a asuntos que sean objeto del proyecto de convenio (o que todo derecho se extinguirá).

Se expresó también inquietud en el párrafo 167 de A/CN.9/526 acerca de si el transcurso de cierto plazo puede extinguir el derecho o hacer que la acción prescriba. El transcurso de cierto plazo extingue el derecho con arreglo a las Reglas de La Haya-Visby (artículo III.3), y a los convenios COTIF-CIM (artículo 47), Varsovia (artículo 29) y probablemente CMR (artículo 32). Extingue también la acción con arreglo a las Reglas de Hamburgo (artículo 20), el Convenio Multimodal de 1980 (artículo 25), el CMNI (artículo 24) y el Convenio de Montreal (artículo 35). Tal vez sea aconsejable que de momento se tengan presentes las dos opciones enunciadas. Por ello, se ha sugerido otro posible texto en la variante B.

Variante B

[Todo derecho de acción] [Toda acción] ejercitable con arreglo al presente Convenio prescribirá [se extinguirá] si no se ha entablado un procedimiento judicial o arbitral dentro del plazo de [un] año.

Artículo 70. Comienzo del plazo de prescripción

El plazo del que se habla en el artículo 69 empezará a correr a partir del día en que el porteador haya concluido la entrega de las mercancías afectadas con arreglo a lo dispuesto en el artículo 11 4) o 5) o, de no haberse efectuado la entrega de las mercancías, a partir del [último] día en el que las mercancías debían haber sido entregadas. No será computable a efectos del vencimiento del plazo el día a partir del cual comenzará a correr dicho plazo[245].

Artículo 71. Prórroga del plazo de prescripción

Toda persona contra la que se presente una reclamación podrá, en todo momento durante el curso del plazo de prescripción, prorrogar dicho plazo mediante una declaración dirigida al demandante. Dicho plazo podrá volver a ser prorrogado por una o más declaraciones similares.

---

[245] Como se indica en la nota 216 de A/CN.9/WG.III/WP.32, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que retuviera el texto del proyecto de artículo 70, pero estudiándose la posibilidad de introducir alguna variante en función de las opiniones expresadas.

Se expresó inquietud en el párrafo 170 de A/CN.9/526 de que la fecha de entrega indicada "en el contrato de transporte" pudiera ser muy anterior a la fecha de entrega efectiva, por lo que sería preferible referirse a la fecha de entrega efectiva. Ahora bien, se expresó igualmente por la posibilidad de que el consignatario demorara unilateralmente dicha entrega efectiva. El texto habla del día en que "el porteador haya concluido la entrega", que viene a ser el día de entrega efectiva de las mercancías.

Se expresó también inquietud, en el párrafo 171 de A/CN.9/526, respecto de la expresión "el último día" en que debían haberse entregado las mercancías, como fecha inicial del plazo para la presentación de la demanda judicial, en supuestos en los que no se haya hecho entrega de las mercancías. Tal vez no sea fácil encontrar alguna variante de dicho texto, ya que en todo supuesto en el que no se haya hecho entrega de las mercancías sería aún más difícil de determinar "el último día". Se sugiere que se supriman estas palabras.

En el párrafo 172 de A/CN.9/526 se menciona asimismo la objeción por la posibilidad de que el demandante espere a que haya transcurrido prácticamente el plazo para presentar su demanda, a fin de obstaculizar en lo posible la presentación de una contrademanda, por haber transcurrido ya el plazo para dichas actuaciones. Cabría evitar esta maniobra haciendo mención de la contrademanda en el proyecto de artículo 72 b) ii), conforme se indicó en el párrafo 172, o regulando las contrademandas en un párrafo aparte del proyecto de convenio. Véase *infra* la variante del proyecto de artículo 73.

Artículo 72. Acción de repetición o de resarcimiento

Toda acción de repetición, entablada por una persona tenida por responsable a tenor del presente Convenio, podrá ser presentada incluso después de expirado el plazo de prescripción fijado en el artículo 69 siempre y cuando se presente la demanda dentro del más largo de los siguientes plazos:

a) el plazo otorgado por la ley del foro[246] ante el que se vaya a entablar el procedimiento; o

b) Variante A del apartado b)[247]

un plazo de 90 días que empezará a correr a partir de la fecha en que la persona, que vaya a presentar la acción de repetición, haya

i) satisfecho la reclamación presentada contra ella; o

ii) haya sido citada a comparecer en el juicio entablado contra ella.

Variante B del apartado b)

un plazo de 90 días que empezará a correr a partir de la fecha en que

i) la persona que vaya a presentar la acción de repetición haya satisfecho la reclamación presentada contra ella; o

ii) se haya pronunciado sentencia firme y no apelable contra la persona que vaya a presentar la acción de repetición[248].

---

[246] Se sugiere este término para acomodar las demarcaciones jurisdiccionales de un Estado federal.

[247] La variante A del artículo 72 está basada en el texto original del proyecto de convenio en A/CN.9/WG.III/WP.21.

[248] Como se indica en la nota 219 de A/CN.9/WG.III/WP.32, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara un proyecto revisado del proyecto del artículo 72, que reflejara debidamente los pareceres expresados.

En el párrafo 176 de A/CN.9/526 se indicó que en algunos países de tradición civil o romanista, no era posible entablar una acción de repetición en tanto no se hubiera pronunciado una sentencia firme contra el que deseaba entablarla, y se sugirió que el plazo de 90 días comenzara a correr a partir de la fecha en que dicha sentencia fuera firme. Se ofrecía, por ello, una variante por la que el plazo de 90 días empezaría a correr a partir del día en que la sentencia contra la persona que entablara la acción de repetición fuera firme e inapelable. Dichas sugerencias se han plasmado en la variante B.

Artículo 73. Reconvención

Toda contrademanda interpuesta por una persona tenida por responsable a tenor del presente Convenio podrá ser presentada incluso después de expirado el plazo de prescripción fijado en el artículo 69, siempre y cuando se presente dentro de un plazo de 90 días que empezará a correr a partir del día en que la persona que presente la contrademanda haya sido citada a comparecer en el juicio entablado contra ella[249].

Artículo 74. Acciones contra el fletador de un buque fletado a casco desnudo

[Si el propietario inscrito de un buque consigue refutar la presunción de que él es el porteador, con arreglo al artículo 40 3), podrá entablarse una acción frente al fletador a casco desnudo del buque aun después de expirado el plazo fijado en el artículo 69, siempre y cuando se presente la demanda dentro del más largo de los siguientes plazos:

a) el plazo otorgado por la ley del foro ante el que[250] se vaya a entablar el proceso; o

b) un plazo de 90 días a contar de la fecha en que el propietario inscrito del buque

i) [pruebe que su buque navegaba durante la operación de transporte con arreglo a un fletamento a casco desnudo; e]

[ii)] identifique debidamente al fletador a casco desnudo de su buque[251].]

---

[249] Como se indica en la nota 220 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se reiteró en el párrafo 177 de A/CN.9/526 que debería otorgarse cierto margen para la presentación de una contrademanda, ya sea en el marco del apartado b) ii) del proyecto de artículo 72 o en un artículo aparte, en cuyo caso se debería otorgar a la contrademanda un margen similar al previsto en el artículo 72 b) ii). Esta disposición sugerida viene enunciada aparte en el artículo 73.

[250] Véase nota 246, *supra*.

[251] Como se indica en la nota 221 de A/CN.9/WG.III/WP.32, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara una versión revisada del proyecto de artículo 74, prestando la debida atención a las opiniones que se habían expresado. Se tomó nota igualmente de que el Grupo de Trabajo había pedido a la Secretaría que mantuviera el artículo 40 3) entre corchetes, por lo que pidió igualmente a la Secretaría que mantuviera el proyecto de artículo 74 entre corchetes, habida cuenta de la conexión entre uno y otro artículo.

En el párrafo 180 de A/CN.9/526 se objetó que de poco serviría un plazo de 90 días en el supuesto de que un demandante, que fuera propietario de la carga, tuviera dificultad en identificar al porteador. Se estima que ese problema ha sido resuelto en el texto actual del apartado b) ii).

Se sugirió además que cabría fusionar los incisos i) y ii) del apartado b), dado que el requisito enunciado en el inciso ii) era lo bastante riguroso para subsumir en él al requisito enunciado en el inciso i). Se ha propuesto un texto revisado.

CAPÍTULO 16. VÍA JUDICIAL

Artículo 75. Acciones contra el porteador[252]

En todo procedimiento judicial, concerniente al transporte de mercancías en el marco del presente Convenio, que se entable contra el porteador[253], el demandante[254] podrá, a su elección, ejercitar una acción ante todo tribunal de un Estado Contratante que sea competente, con arreglo a la ley del foro, y en cuyo territorio jurisdiccional se encuentre uno de los siguientes lugares:

a) el domicilio del demandado[255]; o

b) el lugar contractual de recepción de las mercancías o su lugar contractual de entrega[256]; o

[c) el puerto donde se efectúe la carga inicial de las mercancías en un buque; o

el puerto donde se efectúe la descarga definitiva de las mercancías desde un buque; o]

d) todo lugar adicional [indicado] [estipulado][257] para dicho fin en el título de transporte o en el documento electrónico de transporte[258].

[*Artículo 76. Acuerdos de jurisdicción o competencia exclusiva*[259]

1. Si el cargador y el porteador convienen en que los tribunales de un Estado Contratante o uno o más tribunales de un Estado Contratante serán competentes para resolver toda controversia que haya surgido o pueda surgir en el marco del presente Convenio, ese o esos tribunales gozarán de jurisdicción al respecto. Dicha jurisdicción será exclusiva, siempre y cuando el acuerdo por el que se confiera:

a) Conste por escrito o en una comunicación electrónica;

b) Indique claramente el nombre y la sede del tribunal o de los tribunales seleccionados, así como el nombre y la dirección de las dos partes; y

c) Estipule expresamente que el tribunal seleccionado gozará de competencia exclusiva[260].

---

[252] Texto tomado del párrafo 111 de A/CN.9/576, con las revisiones sugeridas y previamente aprobadas que se indican.

[253] Texto convenido para su ulterior examen en el párrafo 114 de A/CN.9/576.

[254] Texto convenido para su ulterior examen en el párrafo 114 de A/CN.9/576.

[255] Texto convenido para su ulterior examen en el párrafo 116 de A/CN.9/576.

[256] Texto convenido para su ulterior examen en el párrafo 120 de A/CN.9/576.

[257] Texto convenido para su ulterior examen en el párrafo 124 de A/CN.9/576.

[258] Como se indica en el párrafo 124 de A/CN.9/576, deberá examinarse más en detalle toda cuestión que pueda afectar a terceros en el texto de esta disposición y toda cuestión concerniente a su conexión con las cláusulas de selección del foro.

[259] Conforme se pidió en el párrafo 168 de A/CN.9/576, se ha preparado este proyecto de artículo sobre los acuerdos de jurisdicción o competencia exclusiva para su examen por el Grupo de Trabajo.

2. De haberse designado de común acuerdo un foro, con arreglo al párrafo 1, dotado de jurisdicción exclusiva, el cargador y el porteador podrán también estipular expresamente que su selección de un foro dotado de jurisdicción exclusiva será vinculante para toda otra persona que interponga una acción con arreglo al presente Convenio, y su selección será en dicho supuesto vinculante siempre y cuando[261]:

Variante A del párrafo 2 a)

a) Dicha estipulación esté consignada en los datos del contrato [o haya sido incorporada por remisión al título de transporte o al documento electrónico de transporte]; y

Variante B del párrafo 2 a)

a) Se haya dado oportuno aviso a dicha persona del lugar donde podrá interponer su acción; y

Variante C del párrafo 2 a)[262]

a) Dicha persona haya dado su consentimiento explícito a lo estipulado, y su consentimiento cumpla con los requisitos enunciados en el artículo 95 6) b); y

b) El foro seleccionado esté en algún lugar designado con arreglo a lo dispuesto en los apartados a), b) o c) del artículo 75.]

Artículo 77. Acciones contra una parte ejecutante marítima[263]

En todo procedimiento judicial contra la parte ejecutante marítima concerniente al transporte de mercancías efectuado en el marco del presente Convenio, el demandante podrá, a su elección, ejercitar una acción ante el tribunal de un Estado Contratante que sea competente a tenor de la ley del foro, y dentro de cuyo territorio jurisdiccional esté situado uno de lo siguientes lugares:

a) El domicilio de la parte ejecutante marítima; o

b) El lugar donde la parte ejecutante marítima haya recibido [inicialmente] las mercancías; o el lugar donde la parte ejecutante marítima haya hecho entrega [definitiva] de las mercancías.

---

[260] Texto sugerido para satisfacer las condiciones sugeridas en el párrafo 161 de A/CN.9/576. De seguirse este criterio, cabría añadir la presente disposición a la lista enumerada en el proyecto de artículo 3 y cabría suprimir el proyecto de artículo 75 e).

[261] Texto presentado para cumplir las condiciones sugeridas en el párrafo 164 de A/CN.9/576. De adoptarse este enfoque, debería eliminarse esta disposición de la lista del proyecto de artículo 3.

[262] En la variante C se sugiere el supuesto de que todo tercer interesado habrá de haber dado expresamente su consentimiento a la cláusula de jurisdicción exclusiva, al igual que el consentimiento exigido en el proyecto de artículo 95 6) b).

[263] Texto tomado del párrafo 125 de A/CN.9/576, con las revisiones sugeridas y previamente aprobadas que pueden verse indicadas.

Artículo 78. Ningún foro competente adicional

A reserva de lo dispuesto en el artículo 80, no podrá entablarse, en virtud del presente Convenio, procedimiento judicial alguno en un lugar no designado con arreglo al artículo 75 o 77[264].

Artículo 79. Embargo y medidas cautelares[265]

1. Nada de lo dispuesto en el presente Convenio afectará a la competencia de un tribunal en lo referente a:

a) El embargo preventivo [de conformidad con la normativa aplicable de derecho internacional [o de la ley del foro competente]]; o

b) La imposición de medidas cautelares.

[2. A efectos del presente artículo, se entenderá por "medida cautelar":

a) Toda medida por la que se ordene la conservación, la custodia provisional, o la venta de cualquier bien que sea objeto de la controversia; o

b) Toda orden por la que se ordene que se deposite en caución el importe controvertido; o

c) Toda orden por la que se designe un síndico o administrador judicial; o

d) Toda otra orden destinada a evitar que la sentencia o el laudo arbitral pueda verse frustrado a resultas de que la otra parte disperse sus bienes; o

e) Toda orden conminatoria o toda otra orden provisional[266].]

---

[264] A fin de responder a las inquietudes expresadas en párrafo 42 de A/CN.9/576, y en aras de la claridad, se sugirió colocar la primera oración del antiguo proyecto de artículo 74 en un artículo aparte, numerado artículo 78, y que se aplicara, en el mismo artículo, al embargo y a las medidas cautelares el mismo régimen propuesto en el proyecto de artículo 79.

[265] Retoques sugeridos al texto enunciado en el párrafo 130 de A/CN.9/576, conforme a lo convenido en el párrafo 136 de A/CN.9/576 para el ulterior examen del texto.

[266] Las correcciones se hacen al texto convenido para su ulterior estudio en párrafo 142 de A/CN.9/576.

Artículo 80. Consolidación y traslado de las actuaciones

Variante A del párrafo 1[267]

[1. Toda acción ejercitada al mismo tiempo contra el porteador y contra una parte ejecutante marítima a raíz de un mismo incidente deberá interponerse en uno de los lugares indicados en el artículo 77, con independencia de si ese lugar está o no indicado en el artículo 75[268].]

Variante B del párrafo 1

[1. Toda acción ejercitada al mismo tiempo contra el porteador y contra una parte ejecutante marítima a raíz del mismo incidente deberá interponerse en un lugar designado con arreglo a lo dispuesto tanto en el artículo 75 como en el artículo 77. De no haber ningún lugar designable con arreglo a uno y otro artículo, dicha acción deberá ser interpuesta en algún lugar designado con arreglo al artículo 77[269].]

Variante C del párrafo 1[270]

[1. Si el titular de la carga interpone alguna acción solidaria frente al porteador contractual y frente a la parte ejecutante marítima, deberá hacerlo en alguno de los lugares en donde, conforme al artículo 77, cabrá interponer una acción frente a una parte ejecutante marítima.]

2. Si el porteador o una parte ejecutante marítima ejercita una acción con arreglo al presente Convenio, el demandante, obrando a instancia del demandado, deberá retirar la acción y deberá interponerla de nuevo en algunos de los lugares designados con arreglo a lo dispuesto en los artículos 75 o 77, según cuál sea aplicable, a elección del demandado[271].

---

[267] Si bien la variante C del proyecto de artículo 80 1) es el texto convenido para su ulterior examen en el párrafo 149 de A/CN.9/576, se sugieren las variantes A y B a título de textos mejorados de esa variante entre las que tal vez el Grupo de Trabajo prefiera elegir. La variante B exigiría que al determinar el lugar donde se haya de presentar una acción tanto contra el porteador como contra la parte ejecutante marítima se deberá buscar en primer lugar el lugar designado con arreglo a lo dispuesto tanto en el artículo 74 como en el artículo 76, y que solo de fracasar esta iniciativa podrá recurrirse a un lugar designado únicamente conforme a lo dispuesto en el artículo 76. El enfoque de la variante A parte del criterio de que solo se podrá interponer esa acción en un lugar designado con arreglo al artículo 76, con independencia de si ese lugar ha sido designado conforme a lo dispuesto en el artículo 74.

[268] El Grupo de Trabajo tal vez observe que este enfoque puede dar lugar a dificultades en todo supuesto en el que la acción vaya dirigida contra más de una parte ejecutante marítima, o cuando ninguno de los lugares designados con arreglo al artículo 77 se encuentre en un Estado contratante.

[269] *Ibid.*

[270] Texto convenido en el párrafo 149 de A/CN.9/576 para su ulterior examen.

[271] Texto convenido para su ulterior examen en el párrafo 152 de A/CN.9/576, con ciertas sugerencias de redacción. Conforme se indica en el párrafo 152 de A/CN.9/576, debería tratarse de limitar la aplicación de esta disposición a las demandas de una declaración exoneratoria de la responsabilidad presentada por el porteador o por una parte ejecutante marítima.

Artículo 81. Acuerdo concertado a raíz de la controversia[272]

Pese a lo dispuesto en los artículos anteriores del presente capítulo, todo acuerdo concertado por las partes en una controversia nacida del contrato de transporte, a raíz de haber surgido la controversia, por el que se designe el lugar donde el demandante podrá ejercitar una acción, será válido[273].

CAPÍTULO 17. VÍA ARBITRAL[274]

Variante A

Artículo 82.

A reserva de lo dispuesto en el presente capítulo, las partes podrán pactar, mediante un acuerdo consignado por escrito, que toda controversia relativa a un contrato de transporte al que sea aplicable el presente Convenio deberá ser sometida a arbitraje.

Artículo 83.

De haberse emitido un título de transporte negociable o un documento electrónico de transporte negociable, el acuerdo de arbitraje o cláusula compromisoria deberá ser consignado en dicho título o documento, o expresamente incorporado al mismo por remisión. De haberse estipulado en un contrato de fletamento que toda controversia, a que pueda dar lugar su ejecución, deberá ser sometida a arbitraje, y de no haberse consignado expresamente, en todo título de transporte negociable o documento electrónico de transporte negociable emitido a raíz de dicho contrato, que dicha estipulación del contrato será vinculante para el tenedor de ese título o documento, el porteador no podrá invocar lo estipulado frente a un tenedor que haya adquirido de buena fe el título de transporte negociable o el documento electrónico de transporte negociable.

---

[272] Texto tomado de la variante A de A/CN.9/WG.III/WP.32.

[273] Texto que en el párrafo 171 de A/CN.9/576 se convino en reexaminar.

[274] Debe recordarse la decisión del Grupo de Trabajo en el párrafo 179 de A/CN.9/576 de que se presente una nueva versión de este capítulo para que sea examinada por el Grupo de Trabajo en un futuro período de sesiones. Se tiene previsto presentar esa versión al Grupo de Trabajo, en su 16º período de sesiones, para un examen preliminar de la misma. Conforme se indica en la nota 225 de A/CN.9/WG.III/WP.32, la variante A del capítulo 16 reproduce plenamente las disposiciones de las Reglas de Hamburgo, mientras que la variante B del capítulo 16 omite aquellos párrafos que el Subcomité Internacional sobre Uniformidad del Derecho del Transporte Marítimo del CMI sugirió que fueran suprimidos.

Artículo 84.

El procedimiento arbitral deberá ser abierto, a elección del demandante, en alguno de los lugares siguientes:

a) Algún lugar en el territorio del Estado en donde esté situado:

i) El establecimiento principal del demandado o, en su defecto, el lugar de residencia habitual del demandado; o

[ii) El lugar donde se haya celebrado el contrato de transporte, siempre y cuando el demandado tenga allí el establecimiento, la sucursal o la agencia que se haya encargado de negociar el contrato; o]

iii) El lugar donde el porteador o la parte ejecutante haya recibido las mercancías para su transporte o el lugar donde se efectuó su entrega; o

b) Todo otro lugar que se designe al efecto en el acuerdo de arbitraje o cláusula compromisoria.

Artículo 85.

El árbitro o el tribunal arbitral que entienda de la controversia deberá aplicar el régimen del presente Convenio.

Artículo 85 bis.

Se entenderá que lo dispuesto en los artículos 83 y 84 forma parte de todo acuerdo de arbitraje o cláusula compromisoria que se haya pactado, por lo que será nula toda estipulación de dicho acuerdo o de dicha cláusula que sea incompatible con lo dispuesto en tales artículos.

Artículo 86.

Nada de lo dispuesto en el presente capítulo privará de validez a un acuerdo de arbitraje concertado por las partes después de que haya surgido la controversia relativa al contrato de transporte.

Variante B

Artículo 82.

A reserva de lo dispuesto en el presente capítulo, las partes podrán pactar, mediante un acuerdo consignado por escrito, que toda controversia relativa a un contrato de transporte al que sea aplicable el presente Convenio deberá ser sometida a arbitraje.

Artículo 83.

De haberse emitido un título de transporte negociable o un documento electrónico de transporte negociable, el acuerdo de arbitraje o la cláusula compromisoria deberá constar en dicho título o documento, o deberá ser expresamente incorporado al mismo por remisión. De haberse estipulado en un contrato de fletamento que toda controversia, nacida de su ejecución, será sometida a arbitraje y caso de emitirse a raíz de dicho contrato un título de transporte negociable o un documento electrónico de transporte negociable en

el que no figure indicación explícita alguna de que esa estipulación del contrato será vinculante para el tenedor, el porteador no podrá invocar lo estipulado frente a un tenedor que haya adquirido de buena fe el título de transporte negociable o el documento electrónico de transporte negociable[275].

Artículo 84[276].

Artículo 85.

El árbitro o el tribunal de arbitraje aplicará el régimen del presente Convenio a toda controversia.

Artículo 86.

Nada de lo dispuesto en el presente capítulo privará de validez a un acuerdo de arbitraje o cláusula compromisoria concertada por las partes después de que haya surgido la controversia relativa al contrato de transporte.

CAPÍTULO 18. AVERÍA GRUESA[277]

Artículo 87. Disposiciones sobre la avería gruesa

Nada de lo dispuesto en el presente Convenio impedirá la aplicación de lo estipulado en el contrato de transporte o de lo dispuesto en el derecho interno aplicable, en lo concerniente a la liquidación de una avería gruesa.

Artículo 88. Contribución a raíz de una avería común o gruesa

1. [Con la excepción del capítulo referente al plazo para la presentación de la demanda,] las disposiciones del presente Convenio relativas a la responsabilidad del porteador por pérdida o daño de las mercancías determinarán también si el consignatario podrá negarse a contribuir en caso de avería gruesa y la obligación del porteador de resarcir al consignatario de toda contribución eventual efectuada a la avería gruesa o a los gastos de salvamento.

---

[275] Como se indica en la nota 227 de A/CN.9/WG.III/WP.32, el texto enmendado de la variante B del artículo 83 relativo al arbitraje no reproduce el artículo 22.2 de las Reglas de Hamburgo, dado que se pensó que el artículo 22.2 de las Reglas de Hamburgo era demasiado pormenorizado.

[276] Como se indica en la nota 228 de A/CN.9/WG.III/WP.32 se ha omitido este artículo a fin de que la variante B refleje adecuadamente las deliberaciones en el Subcomité Internacional sobre Uniformidad del Derecho de Transporte Marítimo del CMI. El CMI no llegó a ninguna decisión respecto de ninguna variante adecuada. (Consúltese de nuevo, el *Yearbook 1999* del CMI, pág. 113, y el *Yearbook 1997* del CMI, págs. 350 a 356, donde se habla de ello en más detalle.)

[277] El texto original de este capítulo ha sido tomado de A/CN.9/WG.III/WP.32, con ciertas mejoras de redacción.

2. [Toda acción para demandar] [Todo derecho a reclamar] una contribución en un supuesto de avería gruesa [prescribirá] [se extinguirá] si no se ha entablado un procedimiento judicial o arbitral dentro del plazo de [un año] a partir de la fecha de emisión de la declaración de avería gruesa[278].

CAPÍTULO 19. OTROS CONVENIOS[279]

Artículo 89. Regímenes internacionales aplicables a otras modalidades de transporte

A reserva de lo dispuesto en el artículo 92, nada de lo dispuesto en el presente Convenio impedirá que un Estado Contratante aplique algún otro instrumento internacional que esté ya en vigor en la fecha del presente Convenio y que sea aplicable a título de norma de rango imperativo a contratos primordialmente destinados al transporte de mercancías por algún modo de transporte que no sea el transporte por mar[280].

---

[278] Como se indica en la nota 230 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se había sugerido que se explicitara más claramente que las disposiciones del proyecto de convenio relativas al plazo para presentar una demanda no eran aplicables al supuesto de avería común o gruesa. Dado que el párrafo 1 enuncia que las disposiciones relativas a la responsabilidad del porteador serán las que determinen si el consignatario podrá negarse a contribuir a los gastos por concepto de avería gruesa y las que determinen la responsabilidad al respecto del porteador, resulta confusa la referencia que se hace a la disposición relativa al plazo para presentar una demanda. Se sugiere suprimir dicha referencia. Ello será particularmente importante si se inserta una disposición expresamente destinada a regular el plazo para presentar la demanda.

Como se sugirió en el párrafo 188 de A/CN.9/526, debería formularse una disposición aparte relativa al plazo para la presentación de una demanda por concepto de avería gruesa, que dijera, por ejemplo, que el plazo para presentar una demanda por dicho concepto empieza a correr a partir de la emisión de una declaración de avería común o gruesa. Se ha preparado un texto insertado al final del párrafo 2. Dicho texto debería probablemente regular la demanda tanto de una contribución como de una indemnización.

En el párrafo 189 del documento A/CN.9/526, se suscitó la cuestión de si el párrafo 1 debía ser también aplicable a la responsabilidad por pérdidas imputables a demora y sobrestadías. No parece que el Grupo de Trabajo haya adoptado ninguna decisión al respecto.

[279] El texto original de este capítulo se ha tomado, con ciertas mejoras de redacción, de A/CN.9/WG.III/WP.32.

[280] Como se indica en la nota 231 de A/CN.9/WG.III/WP.32 respecto del proyecto de artículo 27 y en las deliberaciones sobre la relación existente entre el proyecto de convenio y otros convenios de transporte y con toda norma aplicable de derecho interno, se encomendó también a la Secretaría, en los párrafos 247 y 250 de A/CN.9/526, que preparara alguna regla de conflicto de convenios para su inserción eventual en el capítulo 19. Se estima que esa labor no debería ir en detrimento de la sugerencia que se hace en la siguiente nota, sino que debería complementarla. El texto del nuevo proyecto de artículo 89 está tomado del artículo 25 5) de las Reglas de Hamburgo.

Artículo 90. Primacía sobre convenios anteriores

[Entre Estados] [A reserva de lo dispuesto en el artículo 102, entre Estados][281] que sean partes en el presente Convenio, su régimen prevalecerá sobre el de todo otro convenio anterior en el que también sean partes [cuando alguna de sus disposiciones sea incompatible con las del presente Convenio][282].

Artículo 91. Limitación global de la responsabilidad

El presente Convenio no modificará los derechos ni las obligaciones del porteador, o de la parte ejecutante, previstos en otros convenios internacionales o normas de derecho interno que regulen los límites de la responsabilidad relativos a la explotación comercial de barcos.

Artículo 92. Otros regímenes aplicables al transporte de pasajeros y equipaje

No se incurrirá en responsabilidad con arreglo al presente Convenio por toda pérdida, daño o demora en la entrega del equipaje, que sea imputable al porteador con arreglo a todo otro convenio internacional o norma de derecho interno relativa al transporte de pasajeros con equipaje.

Artículo 93. Otras disposiciones sobre daños causados por accidentes nucleares

No se incurrirá en responsabilidad alguna con arreglo al presente Convenio por el daño ocasionado por un accidente nuclear, cuando dicho daño sea imputable a una empresa explotadora de una instalación nuclear:

a) con arreglo al Convenio de París acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, de 29 de julio de 1960, enmendado por un Protocolo adicional de 28 de enero de 1964, con arreglo a la Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares, de 21 de mayo de 1963, enmendada por el Protocolo Común relativo a la aplicación de la Convención de Viena y del Convenio de París de 21 de septiembre de 1988, y enmendada por el Protocolo de Enmienda de la Convención de Viena de 1963 sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares, de 12 de septiembre de 1997, o con arreglo al Convenio sobre indemnización suplementaria por daños nucleares, de 12 de septiembre de 1997[283], o

---

[281] Variante sugerida.

[282] Como se indica en la nota 232 de A/CN.9/WG.III/WP.32, la sugerencia en el párrafo 196 de A/CN.9/526 de que sería conveniente que se enmendara el proyecto de artículo 91, insertando algún texto por el que se disponga que el régimen del proyecto de convenio prevalecerá sobre el de todo otro convenio de transporte, salvo que se trate de un Estado que no sea parte en el nuevo convenio, es conforme a lo dispuesto en el artículo 30 4) de la Convención de Viena. Se sugiere, no obstante, que esta nueva disposición sea formulada en un texto aparte, y no en el proyecto de artículo 91, que se ocupa de un problema distinto y más concreto, y que resuelve dicho problema en sentido contrario. Esta nueva disposición figura ahora como proyecto de artículo 90.

[283] A fin de abarcar toda enmienda subsiguiente de estos instrumentos o todo nuevo instrumento negociado en el futuro, el Grupo de Trabajo tal vez desee insertar algún nuevo texto redactado

b) con arreglo al derecho interno aplicable a la responsabilidad por tales daños, con tal de que su régimen sea al menos igual de favorable, para toda persona que haya sufrido daños, que el régimen del Convenio de París o el de la Convención de Viena, o que el régimen del Convenio sobre indemnización suplementaria por daños nucleares[284].

CAPÍTULO 20. VALIDEZ DE LAS ESTIPULACIONES CONTRACTUALES

Artículo 94. Disposiciones generales

1. Salvo que el presente Convenio disponga otra cosa, toda estipulación será nula, si:

a) excluye o limita directa o indirectamente alguna de las obligaciones del porteador o de una parte ejecutante marítima con arreglo al presente Convenio;

b) excluye o limita directa o indirectamente la responsabilidad del porteador o de una parte ejecutante marítima por el incumplimiento de alguna de sus obligaciones con arreglo al presente Convenio; o si

c) hace cesión, al porteador o a alguna persona a la que se haga referencia en el artículo19[285], de algún beneficio del seguro tomado por las mercancías.

[2. Salvo que el presente Convenio disponga otra cosa, toda estipulación será nula, si:

a) excluye, limita [o aumenta] directa o indirectamente las obligaciones con arreglo al capítulo 8 del cargador, del consignador, del consignatario, de la parte controladora, del tenedor, o de alguna persona a la que se haga referencia en el artículo 34; o si

---

en términos como los siguientes: “, así como toda enmienda de dichos instrumentos y todo futuro instrumento concerniente a la responsabilidad de una empresa explotadora de instalaciones nucleares por todo daño imputable a un accidente nuclear”, o introducir en el texto un procedimiento de enmienda tácito y sencillo, circunscrito al texto de este artículo que sería activado por el depositario.

284 Como se indica en la nota 235 de A/CN.9/WG.III/WP.32, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que actualizara la lista de convenios e instrumentos internacionales del proyecto de artículo 93, y que preparara una versión revisada, en la que se reflejaran debidamente los pareceres expresados.

En el párrafo 200 de A/CN.9/526, se señaló que la lista de instrumentos del proyecto de artículo 89 no era completa y se mencionó el Protocolo de 1998 por el que se enmienda la Convención de Viena de 1963.

En el párrafo 201 de A/CN.9/526 se sugirió que cabría añadir otros convenios relativos al régimen de la responsabilidad a la lista del proyecto de artículo 93, tales como los que regulan la responsabilidad por concepto de contaminación y accidentes. Ahora bien, se formularon ciertas objeciones al respecto, por lo que se sugiere que la revisión que se hiciera a raíz de lo indicado en el párrafo 202 de A/CN.9/526 se ocupara únicamente de los instrumentos relativos a daños nucleares.

285 Conforme fue aprobado para su ulterior examen en el párrafo 77 de A/CN.9/576.

b) excluye, limita [o aumenta] directa o indirectamente la responsabilidad del cargador, del consignador, del consignatario, de la parte controladora, del tenedor, o de alguna persona a la que se haga referencia en el artículo 34, por el incumplimiento de alguna de sus obligaciones con arreglo al capítulo 8[286].]

Artículo 95. Régimen especial de los contratos por volumen de carga[287]

1. No obstante lo dispuesto en el artículo 94, caso de estar sometidos los términos de un contrato por volumen de carga, con arreglo a lo previsto en el apartado b) del párrafo 3 del artículo 9, al régimen del presente Convenio, dicho contrato podrá estipular deberes, derechos, obligaciones o responsabilidades que sean superiores o inferiores a lo prescrito en el régimen del Convenio, siempre y cuando el contrato por volumen de carga [esté consignado por escrito o por algún medio electrónico], e indique de forma explícita que en alguna de sus cláusulas se estipula una excepción al régimen del presente Convenio, y siempre que el contrato por volumen de carga:

a) haya sido personalmente negociado; o

b) indique de forma explícita toda sección del mismo en donde se estipule alguna excepción al régimen del presente Convenio[288].

2. Toda excepción al régimen del Convenio negociada con arreglo a lo previsto en el párrafo 1 deberá ser consignada en el contrato y no podrá ser incorporada a su texto por remisión a algún otro documento[289].

3. [Ninguna lista pública de precios y servicios del porteador, así como] ningún título de transporte, documento electrónico de transporte, u otro documento similar, constituye un contrato por volumen de carga a efectos del párrafo 1, pero todo contrato por volumen de carga podrá incorporar por remisión dichos documentos al texto del contrato[290].

4. El derecho a estipular excepciones al régimen del Convenio, con arreglo al presente artículo, será aplicable a toda cláusula por la que se regulen las remesas enviadas en el marco de un contrato por volumen de carga, en la medida en que dicha cláusula o estipulación se rija por el presente Convenio a tenor de lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 3 del artículo 9[291].

5. El párrafo 1 no será aplicable a:

a) las obligaciones prescritas en los apartados a) y b) del párrafo 1 del artículo 16 [ni a la responsabilidad dimanante del incumplimiento de alguna de esas obligaciones, así como tampoco a la limitación de esa responsabilidad];

---

[286] Conforme fue aprobado en el párrafo 85 de A/CN.9/576, para que se estudiara ulteriormente, una vez examinadas las obligaciones del cargador en el capítulo 8.

[287] Texto enunciado en el párrafo 52 de A/CN.9/576.

[288] Conforme fue aprobado para su ulterior examen en el párrafo 85 de A/CN.9/576.

[289] Conforme fue aprobado para su ulterior examen en el párrafo 89 de A/CN.9/576.

[290] Como se indica en el párrafo 89 de A/CN.9/576, se decidió retener este párrafo en el texto a fin de proseguir su examen.

[291] Conforme se aprobó para su ulterior examen en el párrafo 92 de A/CN.9/576.

[b) los derechos y obligaciones prescritos en los artículos [28], [29], [30], [33] y [66] [, ni a la responsabilidad dimanante del incumplimiento de alguna de esas obligaciones][292].]

6. El párrafo 1 será aplicable:

a) a la relación entre el porteador y el cargador;

b) a la relación entre el porteador y toda otra parte interesada que haya explícitamente consentido [por escrito o por algún medio electrónico] en quedar obligada por toda cláusula del contrato por volumen de carga que constituya una excepción al régimen del presente Convenio. [Al prestarse dicho consentimiento explícito deberá dejarse constancia de que la parte que lo haya dado fue avisada en términos claros de que el contrato por volumen de carga hacía alguna excepción al régimen del presente Convenio, y ese consentimiento no deberá ser otorgado en [una lista pública de precios y servicios del porteador, ni en] un título de transporte o un documento electrónico de transporte. El porteador deberá asumir la carga de probar que se cumplen todos los requisitos para estipular alguna excepción al régimen del Convenio][293].

Artículo 96. Régimen especial aplicable a los animales vivos y a algunas otras mercancías[294]

No obstante lo dispuesto en los capítulos 5 y 6 del presente Convenio y las obligaciones que incumben al porteador[295], cabrá excluir o limitar, conforme a lo estipulado en el contrato de transporte, la responsabilidad tanto del porteador como de una parte ejecutante marítima, siempre que:

a) las mercancías transportadas sean animales vivos, salvo que se demuestre que la pérdida, el daño o la demora en la entrega sea resultado de algún acto u omisión del porteador [o de alguna persona a la que se haga referencia en el artículo 19] o de una parte ejecutante marítima[296] que se haya realizado temerariamente y a sabiendas de que probablemente sobrevendrían la pérdida, el daño o la demora; o

b) la índole o la condición de las mercancías transportadas o las circunstancias y las condiciones en que se haya de efectuar su transporte sean tales que sea razonable concertar un acuerdo especial al respecto, siempre y cuando toda remesa comercial habitual transportada en el giro normal de un negocio no se vea

---

[292] Conforme fue aprobado para su ulterior estudio en el párrafo 99 de A/CN.9/576, atendidas las sugerencias de estilo que se expresaron al incluir otros artículos del proyecto de convenio y la normativa del proyecto de convenio concerniente a la vía judicial y a la vía arbitral; la aclaración de la relación entre el proyecto de artículo 95 5) y ciertos párrafos del proyecto de artículo 94, así como lo dispuesto en otros convenios internacionales de transporte; y la conveniencia de que se examine más a fondo la posibilidad de insertar en alguna regla aparte del proyecto de artículo 95 5) una referencia a la responsabilidad por todo comportamiento doloso o temerario.

[293] Conforme fue aprobado para su ulterior examen en el párrafo 104 de A/CN.9/576, junto con la sugerencia de que se inserte una referencia a los párrafos 1 a 5 del proyecto de artículo 95 en el encabezamiento del párrafo 6 del proyecto de artículo 95.

[294] Texto enunciado en el párrafo 52 de A/CN.9/576.

[295] Texto aprobado para su ulterior examen en los párrafos 106 y 109 de A/CN.9/576.

[296] Texto aprobado para su ulterior examen en los párrafos 107 y 109 de A/CN.9/576.

afectada por dicho acuerdo y siempre que no se emita ningún título de transporte negociable ni ningún documento electrónico de transporte negociable para el transporte de las mercancías.

CAPÍTULO 21. DISPOSICIONES FINALES

Artículo 97. Depositario

El Secretario General de las Naciones Unidas será el depositario del presente Convenio[297].

Artículo 98. Firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión

1. El presente Convenio estará abierto a la firma de todos los Estados [en [...] del [...] al [...] y después de esa fecha] en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York del [...] al [...].

2. El presente Convenio estará sujeto a ratificación, aceptación o aprobación por los Estados signatarios.

3. El presente Convenio estará abierto a la adhesión de todos los Estados que no sean Estados signatarios desde la fecha en que quede abierto a la firma.

4. Los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas[298].

Artículo 99. Reservas

No se podrán hacer reservas al presente Convenio[299].

Artículo 100. Aplicación a las unidades territoriales de los Estados

1. Todo Estado Contratante integrado por dos o más unidades territoriales en las que sea aplicable un régimen jurídico distinto en relación con las materias objeto del presente Convenio podrá declarar, en el momento de dar su firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión al presente Convenio, que este será aplicable a todas sus unidades territoriales, o solo a una o varias de ellas, y podrá en cualquier momento sustituir por otra su declaración original.

2. En esas declaraciones, que deberán notificarse al depositario, se hará constar expresamente a qué unidades territoriales será aplicable el Convenio.

3. Si, en virtud de una declaración hecha conforme a este artículo, el presente Convenio no se aplica a todas las unidades territoriales de un Estado Contratante, y si el establecimiento de una parte se encuentra en ese Estado, a los efectos del presente Convenio se considerará que ese establecimiento no se halla en un Estado

---

[297] Texto extraído del artículo 15 del proyecto de convención sobre la contratación electrónica y del artículo 27 de las Reglas de Hamburgo.

[298] Texto extraído del artículo 16 del proyecto de convención sobre la contratación electrónica.

[299] Texto extraído del artículo 22 del proyecto de convención sobre la contratación electrónica y del artículo 29 de las Reglas de Hamburgo.

Contratante, a menos que se encuentre en una unidad territorial a la que se haga aplicable el Convenio.

4. Si un Estado Contratante no hace ninguna declaración conforme al párrafo 1 del presente artículo, el Convenio será aplicable a todas las unidades territoriales de ese Estado[300].

Artículo 101. Entrada en vigor

1. El presente Convenio entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración del plazo de [un año] [seis meses] contado a partir de la fecha en que haya sido depositado el [vigésimo] [tercer] instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

2. Para cada Estado que llegue a ser Estado Contratante en el presente Convenio después de la fecha en que se haya depositado el [vigésimo] [tercer] instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, el Convenio entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración del plazo de [un año] [seis meses] contado a partir de la fecha en que haya sido depositado el instrumento pertinente en nombre de ese Estado.

3. Cada Estado Contratante aplicará las disposiciones del presente Convenio a los contratos de transporte que se celebren en la fecha de entrada en vigor del Convenio respecto de ese Estado o después de esa fecha[301].

Artículo 102. Denuncia de otros convenios

1. Todo Estado que ratifique, acepte o apruebe el presente Convenio, o se adhiera a él, y que sea parte en alguno de los siguientes instrumentos o en todos ellos, a saber, el Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque, firmado en Bruselas el 25 de agosto de 1924; el Protocolo firmado el 23 de febrero de 1968 por el que se modifica el Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos, firmado en Bruselas el 25 de agosto de 1924; y el Protocolo por el que se modifica el Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos, modificado por el Protocolo del 23 de febrero de 1968, firmado en Bruselas el 21 de diciembre de 1979; o bien el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, concertado en Hamburgo el 31 de marzo de 1978, deberá denunciar al mismo tiempo, según el caso, los acuerdos internacionales pertinentes a esos efectos.

---

[300] Este texto se ha tomado del artículo 18 del proyecto de convención sobre la contratación electrónica. Véase también el artículo 52 del Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil (Ciudad del Cabo, 16 de noviembre de 2001).

[301] Texto extraído del artículo 30 de las Reglas de Hamburgo. Cabe señalar que el segundo plazo propuesto entre corchetes se ha extraído del artículo 23 del proyecto de convención sobre la contratación electrónica. Por lo general, el momento de la entrada en vigor, que está en función del número requerido de ratificaciones y del período que debe transcurrir una vez depositado el instrumento apropiado, es el momento considerado apropiado para adaptar la práctica comercial al nuevo régimen.

2. A los efectos de este artículo, las ratificaciones, aceptaciones, aprobaciones y adhesiones formuladas respecto del presente Convenio por Estados partes en los instrumentos enumerados en el párrafo 1 no surtirán efecto hasta que las denuncias que esos Estados deban hacer respecto de esos instrumentos hayan surtido a su vez efecto. El depositario del presente Convenio consultará con el Gobierno de Bélgica, como depositario de otros convenios pertinentes, a fin de lograr la necesaria coordinación a este respecto[302].

Artículo 103. Revisión y enmienda

1. El depositario convocará una conferencia de los Estados Contratantes del presente Convenio, para revisarlo o enmendarlo, si lo solicita, por lo menos, un tercio de los Estados Contratantes.

2. Se entenderá que todo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión depositado después de la entrada en vigor de una enmienda al presente Convenio se aplica al Convenio enmendado[303].

---

[302] Texto extraído de los párrafos 3) y 6) del artículo 99 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Véanse asimismo el artículo 31 de las Reglas de Hamburgo y el artículo 55 del Convenio de Montreal. El criterio seguido en el Convenio de Montreal es que no se exige una denuncia formal de otros instrumentos, sino que se considera que el Convenio de Montreal prevalece entre los Estados Partes que también lo sean en otros convenios. Como tal, el régimen instaurado entre un Estado Contratante del nuevo convenio examinado y un Estado no contratante seguiría siendo aplicable incluso después de que el nuevo convenio entrara en vigor y hasta que ambos Estados pasaran a ser Estados Contratantes del nuevo convenio.

[303] Texto extraído del artículo 32 de las Reglas de Hamburgo. Los procedimientos de enmienda no son comunes en los textos de la CNUDMI, pero las Reglas de Hamburgo contienen una disposición general en el artículo 32 y una disposición especial en el artículo 33 para la revisión de las cuantías de limitación y de la unidad de cuenta. En el proyecto de convención sobre la contratación electrónica, la Comisión decidió no insertar ninguna disposición sobre las enmiendas, dado que los Estados partes en la futura convención podrán iniciar un procedimiento de enmienda en virtud del derecho general de los tratados (por lo general, con una conferencia diplomática y un protocolo de enmienda, como en el caso de la Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías enmendada por el Protocolo del 11 de abril de 1980 (Nueva York, 14 de junio de 1974) y, si procede, previo examen por parte de la Comisión. Obsérvese que las disposiciones sobre enmienda del proyecto de artículo 25 y las del proyecto de artículo 103 pueden adoptarse independientemente las unas de las otras.

Artículo 104. Enmienda de los límites fijados[304]

1. A reserva del artículo 103, el procedimiento especial enunciado en el presente artículo será únicamente aplicable para la finalidad de modificar la cuantía del límite fijado en el párrafo 1 del artículo 64 del presente Convenio.

2. A instancia de al menos [una cuarta parte[305]] de los Estados Contratantes del presente Convenio[306], el depositario deberá distribuir, a cada uno de los Estados Contratantes[307], toda enmienda propuesta de la cuantía del límite indicado en el párrafo 1 del artículo 64 del presente Convenio, y deberá convocar una reunión de un Comité compuesto por un representante de cada Estado Contratante para que examine la enmienda propuesta.

3. El Comité así formado deberá reunirse con ocasión del siguiente período de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, y en el lugar donde se celebre dicho período de sesiones.

4. Toda enmienda propuesta deberá ser aprobada por una mayoría de dos tercios de los miembros del Comité que estén presentes y hagan uso de su voto[308].

5. Al ir a dar curso a una propuesta de enmienda de los límites fijados, el Comité deberá tener en cuenta la experiencia dimanante de todo suceso ya acaecido y, en particular, la cuantía de los daños que se hayan otorgado, las oscilaciones en el

---

[304] El texto de este artículo se basa en el párrafo 7 de A/CN.9/WG.III/WP.39, incluidas las notas de pie de página. Tal como se dice en la nota 19 de A/CN.9/WG.III/WP.39, esta propuesta está inspirada en la vía de enmienda enunciada en el artículo 23 del Protocolo de 2002 del Convenio de Atenas (en adelante, "el Convenio de Atenas") y en el artículo 24 del Convenio de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional (en adelante, "el Convenio sobre la Responsabilidad de las Terminales de Transporte"). Se han seguido enfoques similares en ciertos convenios de la Organización Marítima Internacional (OMI), como el Protocolo de 1992 que modifica el Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, de 1969; el Protocolo de 1992 por el que se modifica el Convenio internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos, de 1971; el Protocolo de 2003 correspondiente al Convenio internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos, de 1992 (todavía no en vigor) (en adelante, "el Protocolo de 2003 correspondiente al Convenio Internacional de 1992 sobre un Fondo de Indemnización"); el Protocolo de 1996 de enmiendas al Convenio de 1976 sobre limitación de la responsabilidad nacida de reclamaciones de derecho marítimo; y el Convenio Internacional de 1996 sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas.

[305] Tal como se indica en la nota 21 de A/CN.9/WG.III/WP.39, el párrafo 2) del artículo 23 del Convenio de Atenas habla de "la mitad", y no de "una cuarta parte" de los Estados Contratantes.

[306] Tal como se indica en la nota 22 de A/CN.9/WG.III/WP.39, el párrafo 2) del artículo 23 del Convenio de Atenas precisa "pero en todo caso no menos de seis" de los Estados Contratantes.

[307] Tal como se indica en la nota 24 de A/CN.9/WG.III/WP.39, el párrafo 2) del artículo 23 del Convenio de Atenas menciona asimismo a los Miembros de la OMI.

[308] Tal como se indica en la nota 25 de A/CN.9/WG.III/WP.39, el párrafo 5) del artículo 23 del Convenio de Atenas dice: "Toda enmienda deberá ser aprobada por una mayoría de dos tercios de los Estados Contratantes del Convenio, en su forma revisada por el presente Protocolo, que estén presentes y hagan uso de su voto en el Comité Jurídico … a reserva de que al menos la mitad de los Estados Contratantes en el Convenio, en su forma revisada por el presente Protocolo, estén presentes en el momento de efectuarse la votación".

valor de las monedas y el efecto que pueda tener la enmienda propuesta sobre la prima abonable al seguro[309].

6. a) No se podrá examinar ninguna enmienda de los límites de la responsabilidad, que sea propuesta con arreglo a este artículo, antes de que transcurra un plazo de [cinco[310]] años desde la fecha en que el presente Convenio quede abierto a la firma o antes de que transcurra un plazo de [cinco] años desde la fecha de la entrada en vigor de toda enmienda previa tramitada con arreglo a este artículo.

b) No podrá aumentarse límite alguno por una cuantía superior al [6] % acumulativo anual, calculado a partir de la fecha en que el presente Convenio quede abierto para su firma, de la cuantía fijada para dicho límite en el presente Convenio[311].

c) No podrá aumentarse límite alguno fijado en el presente Convenio por una cuantía superior a la que resulte de multiplicar por [tres] la cuantía de dicho límite[312].

7. Toda enmienda aprobada conforme a lo previsto en el párrafo 4 deberá ser notificada por el depositario a todos los Estados Contratantes. La enmienda se tendrá por aceptada al término de un plazo de [18[313]] meses a partir de la fecha de la notificación, salvo que dentro de dicho plazo no menos de [una cuarta parte[314]] de los Estados que sean Estados Contratantes del Convenio en el momento de ser aprobada la enmienda comuniquen al depositario que no aceptan dicha enmienda, en cuyo caso, la enmienda se tendrá por rechazada y no surtirá efecto alguno.

---

[309] Tal como se indica en la nota 26 de A/CN.9/WG.III/WP.39, esta disposición ha sido tomada del párrafo 6) del artículo 23 del Convenio de Atenas. Véase asimismo el párrafo 4) del artículo 24 del Convenio sobre la Responsabilidad de las Terminales de Transporte.

[310] Tal como se indica en la nota 27 de A/CN.9/WG.III/WP.39, en los párrafos 11 y 12 de A/CN.9/WG.III/WP.34 se sugiere un plazo de siete años, en vez de cinco.

[311] Tal como se indica en la nota 28 de A/CN.9/WG.III/WP.39, el Convenio sobre la Responsabilidad de las Terminales de Transporte no contiene ninguna disposición similar. Cabría sugerir, como variante, un texto conforme a lo indicado en los párrafos 11 y 12 de A/CN.9/WG.III/WP.34, que diría: "No podrá aumentarse o reducirse, en un único ejercicio de reajuste, límite alguno consignado en el presente Convenio por una cuantía superior a un 21% del importe de dicho límite".

[312] Tal como se indica en la nota 29 de A/CN.9/WG.III/WP.39, el Convenio sobre la Responsabilidad de las Terminales de Transporte no contiene disposición alguna al respecto. Cabría sugerir, como posible variante, un texto conforme a lo indicado en los párrafos 11 y 12 de A/CN.9/WG.III/WP.34, que dijera: "No podrá aumentarse o reducirse límite alguno fijado en el presente Convenio por una cuantía que exceda, acumulativamente, en más de un 100%, de la cuantía del límite fijado en el Convenio".

[313] Tal como se indica en la nota 30 de A/CN.9/WG.III/WP.39, en los párrafos 11 y 12 de A/CN.9/WG.III/WP.34 se sugiere que el plazo considerado en los párrafos 7, 8 y 10 sea de 12 meses, en vez de los 18 consignados en el presente texto.

[314] Tal como se indica en la nota 31 de A/CN.9/WG.III/WP.39, el párrafo 7 del artículo 24 del Convenio sobre la Responsabilidad de las Terminales de Transporte habla de "al menos un tercio de los Estados que eran Partes".

8. Toda enmienda que se tenga por aceptada, a tenor del párrafo 7, entrará en vigor a los [18[315]] meses de su aceptación.

9. Todo Estado Contratante quedará obligado por la enmienda, salvo que denuncie el presente Convenio de conformidad con lo dispuesto en el artículo 105 a más tardar seis meses antes de la entrada en vigor de la enmienda. Esa denuncia surtirá efecto cuando la enmienda entre en vigor.

10. Todo Estado que pase a ser Estado Contratante tras haberse aprobado una enmienda, pero sin que haya expirado aún el plazo de [18] meses previsto para su aceptación, quedará obligado por la enmienda, si esta entra en vigor. Todo Estado que pase a ser Estado Contratante transcurrido ya ese plazo, quedará obligado por toda enmienda del Convenio que haya sido aceptada de conformidad con lo previsto en el párrafo 7. En los supuestos mencionados en el presente párrafo, un Estado quedará obligado por una enmienda al entrar esta en vigor o en el momento en que el presente Convenio entre en vigor en dicho Estado, de suceder esto ulteriormente.

Artículo 105. Denuncia del presente Convenio

1. Todo Estado Contratante podrá denunciar el presente Convenio en cualquier momento mediante notificación hecha por escrito al depositario.

2. La denuncia surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración del plazo de un año contado desde la fecha en que la notificación haya sido recibida por el depositario. Cuando en la notificación se establezca un plazo más largo, la denuncia surtirá efecto a la expiración de ese plazo, contado desde la fecha en que la notificación haya sido recibida por el depositario[316].

HECHO en [...], el [...] de [...] de [...], en un solo original, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso serán igualmente auténticos.

EN TESTIMONIO DE LO CUAL, los plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos Gobiernos, han firmado el presente Convenio.

---

[315] En recientes convenios de la OMI se ha reducido este período a 12 meses cuando la urgencia reviste importancia. Véase, por ejemplo, el Protocolo correspondiente al Convenio internacional sobre la constitución de un fondo de indemnización de 1992, concretamente el párrafo 8) de su artículo 24.

[316] Texto extraído del artículo 34 de las Reglas de Hamburgo. La segunda oración del párrafo 2 no es estrictamente necesaria, pero figura en las Reglas de Hamburgo y en algunos otros tratados de la CNUDMI, incluido el proyecto de convención sobre la contratación electrónica. En cambio, no figura, por ejemplo, en el artículo 27 del Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear, de 2005 (el último instrumento depositado en poder del Secretario General), cuyo texto es una variante ligeramente modificada y dice lo siguiente:

> "1. Todo Estado Parte podrá denunciar el presente Convenio mediante notificación hecha por escrito al Secretario General de las Naciones Unidas.
>
> 2. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que la notificación haya sido recibida por el Secretario General de las Naciones Unidas."

Anexo II[1]

Derecho del transporte

Proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías

Nota de la Secretaría

Índice

Página

Anexo II. Proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías . . . 87
Capítulo 1. Disposiciones generales . . . 87
Artículo 1. Definiciones . . . 87
Artículo 2. Interpretación del presente Convenio . . . 92
Artículo 3. Requisitos de forma . . . 93
Artículo 4. Aplicabilidad de las excepciones y límites . . . 93
Capítulo 2. Comunicación electrónica . . . 94
Artículo 5. Empleo y validez de las comunicaciones electrónicas . . . 94
Artículo 6. Procedimientos para la utilización de documentos electrónicos de transporte negociables . . . 94
Artículo 7. Sustitución de un título de transporte negociable por un documento electrónico de transporte negociable . . . 95
Capítulo 3. Ámbito de aplicación . . . 95
Artículo 8. Ámbito de aplicación general . . . 95
Artículo 9. Exclusiones e inclusiones de su régimen . . . 96
Artículo 10. Aplicación a ciertas partes en la operación . . . 97
Capítulo 4. Período de responsabilidad . . . 97
Artículo 11. Período de responsabilidad del porteador . . . 97
Artículo 12. Transporte más allá de lo estipulado en el contrato de transporte . . . 98
Capítulo 5. Obligaciones del porteador . . . 99
Artículo 13. Transporte y entrega de las mercancías . . . 99
Artículo 14. Obligaciones específicas . . . 99
Artículo 15. Mercancías que puedan constituir un peligro . . . 100
Artículo 16. Obligaciones propias de la travesía por mar . . . 100
Capítulo 6. Responsabilidad del porteador por pérdida, daño o demora . . . 101
Artículo 17. Fundamento de la responsabilidad . . . 101
Artículo 18. Responsabilidad del porteador por no haber facilitado información e instrucciones . . . 104
Artículo 19. Responsabilidad subsidiaria del porteador . . . 104
Artículo 20. Responsabilidad de una parte ejecutante marítima . . . 104

[1] Para facilitar la consulta del trabajo en curso y las deliberaciones del Grupo de Trabajo, el Anexo II contiene el texto del proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías en donde se indican con tachados y subrayados los cambios efectuados en cada una de las disposiciones desde la más reciente de las versiones hasta ahora publicadas.

Artículo 21. Responsabilidad mancomunada y solidaria, y compensación 106
Artículo 22. Demora 107
Artículo 23. Cálculo de la indemnización 107
Artículo 24. Aviso en caso de pérdida, daño o demora 107
Capítulo 7. Disposiciones adicionales relativas a ciertas etapas del transporte 109
Artículo 25. Desvío de ruta durante el transporte por mar 109
Artículo 26. Carga sobre cubierta a bordo de un buque 110
Artículo 27. Tramo que preceda o que siga al transporte por mar 111
Capítulo 8. Obligaciones del cargador 112
Artículo 28. Entrega de las mercancías listas para su transporte 112
Artículo 29. Obligación del porteador de facilitar información e instrucciones 113
Artículo 30. Obligación del cargador de facilitar información, instrucciones y documentos 113
Artículo 31. Fundamento de la responsabilidad del cargador 114
Artículo 32. Falsedad en lo declarado por el cargador 115
Artículo 33. Reglas especiales aplicables a las mercancías peligrosas 116
Artículo 34. Asunción de los derechos y obligaciones del cargador 117
Artículo 35. Responsabilidad subsidiaria del cargador 117
Artículo 36. Extinción de la responsabilidad del cargador 117
Capítulo 9. Títulos de transporte y documentos electrónicos de transporte 118
Artículo 37. Emisión de un título de transporte o de un documento electrónico de transporte 118
Artículo 38. Datos del contrato 119
Artículo 39. Firma 120
Artículo 40. Deficiencias en los datos del contrato 120
Artículo 41. Reservas concernientes a la descripción de las mercancías en los datos del contrato 121
Artículo 42. Medios razonables de verificar y la actuación de buena fe 123
Artículo 43. Prueba rebatible y prueba concluyente 123
Artículo 44. Fuerza probatoria de una cláusula de reserva 124
Artículo 45. “Flete pagado de antemano” 126
Capítulo 10. Entrega al consignatario 127
Artículo 46. Obligación de aceptar la entrega 127
Artículo 47. Obligación de acusar recibo 128
Artículo 48. Entrega en caso de no haberse emitido ni título de transporte negociable ni documento electrónico de transporte negociable 128
Artículo 49. La entrega, caso de haberse emitido un título de transporte negociable o un documento electrónico de transporte negociable 129
Artículo 50. Incumplimiento de la obligación de dar las instrucciones debidas 132
Artículo 51. Imposibilidad de efectuar la entrega 132
Artículo 52. Notificación de llegada a su lugar de destino 133
Artículo 53. Responsabilidad del porteador por mercancías que no haya podido entregar 133
Capítulo 11. Derecho de control 134
Artículo 54. Definición del derecho de control 134
Artículo 55. Modificaciones del contrato de transporte 135
Artículo 56. Reglas aplicables a todo título de transporte o documento electrónico de transporte emitido 135
Artículo 57. Ejecución de las instrucciones por el porteador 137

Artículo 58. Entrega presumible 139
Artículo 59. Obligación de facilitar información o documentos y de dar instrucciones al porteador 140
Artículo 60. Modificación por acuerdo 140
Capítulo 12. Transferencia de derechos 140
Artículo 61. De emitirse un título o un documento electrónico de transporte negociable 140
Artículo 62. Responsabilidad del tenedor 141
Artículo 63. De no emitirse título o documento electrónico de transporte negociable alguno 142
Capítulo 13. Limitación de la responsabilidad 143
Artículo 64. Límites básicos de la responsabilidad 143
Artículo 65. Responsabilidad por toda pérdida imputable a demora 145
Artículo 66. Pérdida del derecho a limitar la responsabilidad 146
Capítulo 14. Derechos de acción o procesales 147
Artículo 67. Partes 147
Artículo 68. Caso de haberse emitido un título de transporte negociable o un documento electrónico de transporte negociable 148
Capítulo 15. Plazo para presentar una demanda 148
Artículo 69. Prescripción de acciones 148
Artículo 70. Comienzo del plazo de prescripción 149
Artículo 71. Prórroga del plazo de prescripción 150
Artículo 72. Acción de repetición o de resarcimiento 150
Artículo 73. Reconvención 151
Artículo 74. Acciones contra el fletador de un buque fletado a casco desnudo 151
Capítulo 16. Vía judicial 152
Artículo 75. Acciones contra el porteador 152
Artículo 76. Acuerdos de jurisdicción o competencia exclusiva 152
Artículo 77. Acciones contra una parte ejecutante marítima 153
Artículo 78. Ningún foro competente adicional 154
Artículo 79. Embargo y medidas cautelares 154
Artículo 80. Consolidación y traslado de las actuaciones 155
Artículo 81. Acuerdo concertado a raíz de la controversia 156
Capítulo 17. Vía arbitral 156
Variante A. Artículo 82. 156
Artículo 83. 157
Artículo 84. 157
Artículo 85. 157
Artículo 85 *bis*. 157
Artículo 86. 157
Variante B. Artículo 82. 158
Artículo 83. 158
Artículo 84. 158
Artículo 85. 158
Artículo 86. 158
Capítulo 18. Avería gruesa 159
Artículo 87. Disposiciones sobre la avería gruesa 159
Artículo 88. Contribución a raíz de una avería común o gruesa 159

Capítulo 19. Otros convenios 159
Artículo 89. Regímenes internacionales aplicables a otras modalidades de transporte. 159
Artículo 90. Primacía sobre convenios anteriores. 160
Artículo 91. Limitación global de la responsabilidad. 160
Artículo 92. Otros regímenes aplicables al transporte de pasajeros y equipaje. 160
Artículo 93. Otras disposiciones sobre daños causados por accidentes nucleares. 160
Capítulo 20. Validez de las estipulaciones contractuales 161
Artículo 94. Disposiciones generales. 161
Artículo 95. Régimen especial de los contratos por volumen de carga. 162
Artículo 96. Régimen especial aplicable a los animales vivos y otras mercancías 163
Capítulo 21. Disposiciones finales 164
Artículo 97. Depositario 164
Artículo 98. Firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión 164
Artículo 99. Reservas 164
Artículo 100. Aplicación a las unidades territoriales de los Estados. 164
Artículo 101. Entrada en vigor 165
Artículo 102. Denuncia de otros convenios. 165
Artículo 103. Revisión y enmienda 166
Artículo 104. Enmienda de los límites fijados 167
Artículo 105. Denuncia del presente Convenio. 169

Anexo II

Proyecto de convenio[2] sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías[3]

CAPÍTULO 1. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Definiciones

A los efectos del presente Convenio:

a) Por "contrato de transporte" se entenderá todo contrato por el que un porteador se comprometa, a cambio del pago de un flete, a transportar mercancías de un lugar a otro. Dicho contrato deberá prever un tramo marítimo y podrá prever tramos complementarios del tramo marítimo en los que se recurra a otras modalidades de transporte[4].

b) Por "contrato por volumen de carga" se entenderá todo contrato que prevea el transporte de cierta cantidad de carga en una serie de remesas, durante cierto período de tiempo contractualmente estipulado. Cabrá estipular una cantidad mínima y máxima, así como una cierta escala de cantidades[5].

c) Por "transporte por servicio no regular" se entenderá todo transporte que no se haga por servicio de línea. Para los fines del presente párrafo, se entenderá por "transporte por servicio de línea" todo servicio de transporte que i) se ofrezca al público mediante algún anuncio o medio similar de publicidad y ii) que incluya el transporte en buques que navegan con regularidad entre puertos previamente designados y de conformidad con un calendario de fechas de navegación anunciado al público[6].

d) Por "porteador" se entenderá toda persona que concierte un contrato de transporte con un cargador.

e) Por "parte ejecutante" se entenderá toda persona que no sea el porteador que ejecute o que se comprometa a ejecutar alguna de las obligaciones que tenga el porteador en virtud de un contrato de transporte en lo concerniente a la recepción, la carga, la manipulación, la estiba, el transporte, el cuidado, la descarga o la entrega[7] de las mercancías, en la medida en que dicha persona actúe, directa o

---

[2] Sin tratar de predeterminar la forma del presente instrumento, se ha sustituido la palabra "Instrumento" por "Convenio" a lo largo de todo el texto, con miras a dotarlo de mayor coherencia.

[3] Como se indica en el párrafo 2 de A/CN.9/WG.III/WP.36, el Grupo de Trabajo decidió mantener, sin cambios, el título actual para su ulterior examen.

[4] Texto enunciado en el párrafo 52 de A/CN.9/576, y aprobado para su ulterior examen en párrafos 53 y 58 de A/CN.9/576.

[5] Correcciones del texto enunciado en párrafo 52 de A/CN.9/576, conforme fue aprobado para su ulterior examen en párrafo 58 de A/CN.9/576. Enmienda sugerida como respuesta a las inquietudes concernientes al texto entre corchetes "cierta cantidad mínima de".

[6] Texto enunciado en párrafo 52 de A/CN.9/576, aprobado para su ulterior examen en párrafo 58 de A/CN.9/576.

[7] Lista ampliada para reflejar las obligaciones enunciadas en el artículo 14 1).

indirectamente, a instancia del porteador o bajo su supervisión o control. El término "parte ejecutante" engloba a la parte ejecutante marítima y a la no marítima conforme se definen en los apartados f) y g) del presente párrafo, pero no incluye a persona alguna que haya sido contratada por un cargador, ni a persona alguna a la que se haga referencia en el artículo 34, ni al consignador, la parte controladora[8] o el consignatario, ni a ninguna persona que sea empleado, agente, contratista, o subcontratista de alguna persona (distinta del porteador) que haya sido contratada por un cargador, ni a persona alguna a la que se haga referencia en el artículo 34, ni al consignador, la parte controladora o el consignatario[9].

f) Por "parte ejecutante marítima" se entenderá toda parte ejecutante que cumpla alguna de las obligaciones del porteador durante el período que medie entre la llegada de las mercancías al puerto de carga [o, en caso de trasbordo, al primer puerto de carga] de un buque y su salida del puerto de descarga de un buque [o del último puerto de descarga, según sea el caso][10]. De efectuarse un trasbordo, toda parte ejecutante que cumpla alguna de las obligaciones del porteador por vía terrestre, durante el período que medie entre la salida de las mercancías de un recinto portuario y su llegada a otro puerto de carga no será parte ejecutante marítima[11].

g) Por "parte ejecutante no marítima" se entenderá toda parte ejecutante que cumpla alguna de las obligaciones del porteador previas a la llegada de las mercancías al puerto de carga o subsiguientes a la salida de las mercancías del puerto de descarga[12].

h) Por "cargador" se entenderá toda persona que concierte un contrato de transporte con un porteador.

i) Por "consignador" se entenderá toda persona que entregue las mercancías al porteador o a una parte ejecutante para su transporte.

---

[8] Lista ampliada para reflejar también las partes de que se habla en el artículo 10.

[9] Las correcciones se hacen al texto del párrafo 4 de A/CN.9/WG.III/WP.36.

[10] Como se indica en la nota 9 de A/CN.9/WG.III/WP.36, recibió apoyo la sugerencia de que los recorridos por tierra en el interior de la zona portuaria quedaran englobados por la definición de parte ejecutante marítima, pero, según la opinión más compartida, todo desplazamiento entre dos puertos distintos debería ser considerado como función que corresponde a una parte ejecutante no marítima. Esta precisión se conseguiría insertando la frase "incluido todo desplazamiento terrestre en el interior de un mismo recinto portuario". Se sugirió además en párrafo 31 de A/CN.9/544 que todo transportista ferroviario sería considerado como parte ejecutante no marítima, aun cuando transportara las mercancías en el interior de un único recinto portuario. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar esta sugerencia.

[11] Las correcciones se hacen al texto del párrafo 4 de A/CN.9/WG.III/WP.36.

[12] Como se indica en la nota 10 de A/CN.9/WG.III/WP.36, se expresó cierta duda respecto de la conveniencia de que la definición se ocupara del supuesto de una parte ejecutante que actuara en un Estado no contratante. Se sugirió que esta cuestión se tratara ulteriormente, cuando se tuviera una visión general del convenio y atendiendo a la inquietud suscitada por el posible abuso de la denominada búsqueda de foros de conveniencia (*forum-shopping*), y por la ejecutoriedad tal vez problemática de los fallos judiciales extranjeros.

j) Por "tenedor" se entenderá

i) toda persona que de momento esté en posesión de un título de transporte negociable y,

a) caso de que el documento sea un título a la orden, esa persona esté identificada en dicho título como el cargador o el consignatario, o sea la persona a la que el título haya sido debidamente endosado, o

b) caso de que el documento sea un título a la orden endosado en blanco o un título al portador, esa persona sea su portador; o

ii) toda persona a la que se haya emitido o transferido un documento electrónico de transporte negociable y que goce del control exclusivo de dicho documento electrónico de transporte[13].

k) Por "consignatario" se entenderá toda persona que tenga derecho a hacerse cargo, a su entrega, de las mercancías en virtud de un contrato de transporte, de un título de transporte o de un documento electrónico de transporte.

l) Por "derecho de control" se entenderá el significado que se da a este término en el artículo 54.

m) Por "parte controladora" se entenderá toda persona que con arreglo al artículo 56 tenga derecho a ejercer el derecho de control.

n) Por "título de transporte" se entenderá todo documento emitido con arreglo a un contrato de transporte por el porteador o por una parte ejecutante que cumpla una o las dos condiciones siguientes:

i) deje constancia de que el porteador o una parte ejecutante ha recibido las mercancías con arreglo a un contrato de transporte, o

ii) deje constancia del contrato de transporte o lo contenga.

o) Por "título de transporte negociable" se entenderá todo documento de transporte que dé a conocer, mediante indicaciones como "a la orden" o "negociable" o cualquier otra indicación apropiada a la que la ley aplicable al documento reconozca el mismo efecto, que las mercancías se han consignado a la orden del cargador o del consignatario, o al portador del título, y que no lleve una declaración explícita de que dicho título "no es negociable".

p) Por "título de transporte no negociable" se entenderá todo documento que no reúna las condiciones de un título de transporte negociable.

q) Por "comunicación electrónica" se entenderá toda información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos, digitales o análogos con el resultado de que la información comunicada esté accesible para su ulterior consulta[14].

---

[13] Texto enunciado en párrafo 3 de A/CN.9/WG.III/WP.47, conforme fue revisado para su ulterior examen en párrafo 207 de A/CN.9/576.

[14] Aclaración sugerida a fin de que el proyecto de convenio no establezca ninguna distinción innecesaria entre los medios de transmisión y la forma en que se almacenen o archiven los datos. La definición de "comunicación electrónica" está basada en la definición de

r) Por "documento electrónico de transporte" se entenderá la información consignada en uno o más mensajes emitidos por vía electrónica con arreglo a un contrato de transporte, por un porteador o por una parte ejecutante, así como toda información lógicamente asociada al documento electrónico de transporte por haber sido adjuntada o de alguna otra forma vinculada al mismo, por el porteador o por una parte ejecutante, simultáneamente a la emisión del documento o a raíz de su emisión, de tal modo que haya pasado a formar parte del documento electrónico de transporte, y que cumpla con uno o los dos requisitos siguientes:

i) deje constancia de que el porteador o una parte ejecutante ha recibido las mercancías con arreglo a un contrato de transporte, o

ii) deje constancia de un contrato de transporte o lo contenga[15].

s) Por "documento electrónico de transporte negociable" se entenderá todo documento electrónico de transporte

i) que dé a conocer, mediante indicaciones como "a la orden" o "negociable", o mediante cualquier otra indicación apropiada[16] a la que la ley aplicable al documento reconozca el mismo efecto, que las mercancías se han consignado a la orden del cargador o del consignatario y que no lleve ninguna declaración explícita de que dicho documento "no es negociable", y

ii) cuyo empleo cumpla con los requisitos enunciados en el artículo 6 1)[17].

t) Por "documento electrónico de transporte no negociable" se entenderá todo documento electrónico de transporte que no reúna las condiciones de un documento electrónico de transporte negociable[18].

u) Por "emisión" y "transferencia" de un documento electrónico de transporte negociable se entenderá la emisión y la transferencia de un derecho de control exclusivo sobre dicho documento. [Se entenderá que una persona goza de un

---

"mensaje de datos" del artículo 2 de la Ley Modelo de las Naciones Unidas sobre Comercio Electrónico, 1996, sin la lista ilustrativa de técnicas utilizables. Con arreglo a dicha Ley Modelo y al proyecto de convención de las Naciones Unidas sobre el empleo de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales ("proyecto de convención sobre la contratación electrónica"), Anexo I de *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17,* (A/60/17), no todo mensaje de datos gozará de igual valor que un documento consignado sobre papel, ya que ese valor dependerá de que el mensaje de datos sea "accesible para su ulterior consulta". En dicho proyecto de instrumento, la noción de "comunicación electrónica", incorpora asimismo el criterio de la equivalencia funcional entre el mensaje de datos y el escrito consignado sobre papel enunciado en artículo 6 de la Ley Modelo del Comercio Electrónico y en artículo 9, párrafo 2 del proyecto de convención sobre la contratación electrónica. Toda "comunicación electrónica" reconocida por dicho instrumento deberá ser capaz de replicar las funciones de un escrito consignado sobre papel.

[15] Las correcciones se han hecho al texto enunciado en párrafo 3 de A/CN.9/WG.III/WP.47, que fue aprobado para su ulterior examen en párrafos 207 y 210 de A/CN.9/576.

[16] Conforme aparece en la nota 12 de A/CN.9/WG.III/WP.47, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si se necesita la palabra "apropiada" a luz de la frase "a la que se reconozca el mismo efecto" y si procede alinear con este texto un texto similar que aparece en el proyecto de párrafo 1 o).

[17] Texto enunciado en párrafo 3 de A/CN.9/WG.III/WP.47, y aprobado para su ulterior examen en párrafos 207 y 210 de A/CN.9/576.

[18] Texto enunciado en párrafo 3 de A/CN.9/WG.III/WP.47, y aprobado para su ulterior examen en párrafos 185 y 210 de A/CN.9/576.

control exclusivo sobre un documento electrónico de transporte si el procedimiento empleado con arreglo al artículo 6 designa fiablemente a esa persona como titular de todo derecho incorporado al documento electrónico de transporte negociable[19].]

v) Por "datos del contrato" se entenderá toda la información referente al contrato de transporte o a las mercancías (incluida toda cláusula, anotación, firma o endoso) que esté consignada en un título de transporte o en un documento electrónico de transporte[20].

w) Por "mercancías" se entenderán los géneros, las mercancías y los artículos [de todo tipo que un porteador o una parte ejecutante [haya recibido para su transporte] [se comprometa a transportar a tenor del contrato]] e incluye el embalaje y todo tipo de equipo auxiliar o contenedor que no haya sido proporcionado por el porteador o por una parte ejecutante, o en su nombre[21].

x) Por "buque" se entenderá todo barco utilizado para transportar mercancías por mar[22].

y) Por "contenedor" se entenderá todo tipo de contenedor, plataforma o tanque transportable, o toda otra unidad de carga similar utilizada para agrupar mercancías[23], así como todo equipo accesorio a dicha unidad de carga[24].

z) Por "flete" se entenderá la remuneración abonable al porteador por el transporte de mercancías con arreglo al contrato de transporte[25].

aa) Por "domicilio" se entenderá a) el lugar donde una sociedad mercantil o toda otra persona jurídica [o asociación de personas naturales o jurídicas] tenga i) su sede social o su casa fundacional o su domicilio legal, según sea el caso, ii) su administración central, o iii) su establecimiento principal y b) el lugar donde una persona natural tenga su residencia habitual[26].

---

[19] Texto enunciado en párrafo 207 de A/CN.9/576 y aprobado para su ulterior examen en párrafo 210 de A/CN.9/576. Como se indicó en párrafo 208 de A/CN.9/576, la segunda oración va entre corchetes a fin de indicar que su texto debe ser de nuevo examinado pero no por albergarse duda alguna acerca de la necesidad de su inclusión. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la sugerencia en párrafo 209 de A/CN.9/576 de que se explique la intención que subyace al texto del presente proyecto en una nota explicativa del proyecto de convenio.

[20] Texto enunciado en párrafo 3 de A/AC.9/WG.III/WP.47, y aprobado para su ulterior estudio en párrafos 185 y 210 de A/CN.9/576.

[21] Con referencia a lo observado en la nota 15 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se sugirió suprimir la frase "o una parte ejecutante [haya recibido para su transporte]".

[22] Definición que se añade para aclarar y normalizar el empleo de los términos "buque" y "barco", en el entendimiento de que "buque" significa una nave utilizable para la navegación oceánica y "barco" significa todo otro tipo de nave.

[23] Se suprimieron las variantes "[que sea apto para el transporte marítimo]" y "[que esté concebido para el transporte marítimo]" por considerarse que no eran necesarias al regularse estas cuestiones en los proyectos de artículo 64 y 26.

[24] Según la nota del proyecto de artículo 64 3) tal vez sea preciso retocar la definición de "contenedor" para que sea aplicable a las paletas. Se sugiere que de hacerse alguna referencia a "paletas" se haga no aquí sino en el contexto del artículo 64 3).

[25] Se sugiere suprimir esta definición, al haberse suprimido el capítulo dedicado al flete, y su inclusión en la definición de "contrato de transporte" en artículo 1 a).

[26] Retoques del texto sugerido en párrafo 115 de A/CN.9/576. Se sugirió que se hiciera referencia a asociaciones, por agrupar este término a entidades jurídicas que a menudo son propietarias de

[bb) [De no haberse dispuesto otra cosa en el presente Convenio,] se entenderá por "momento de recepción" y "lugar de recepción" de las mercancías el momento y el lugar estipulados en el contrato de transporte o, de no haberse estipulado nada al respecto, el momento y el lugar que sea conforme a la costumbre, a las prácticas o a los usos del comercio. A falta de toda estipulación explícita al respecto en el contrato de transporte, y a falta de toda costumbre, práctica o uso del comercio, se entenderá por momento y lugar de recepción de las mercancías el lugar y el momento en que el porteador o una parte ejecutante se haga efectivamente cargo de las mercancías[27].]

[cc) [De no haberse dispuesto otra cosa en el presente Convenio,] se entenderá por "momento de entrega" y "lugar de entrega" de las mercancías el momento y el lugar estipulados en el contrato de transporte o, de no haberse estipulado nada al respecto, el momento y el lugar que sea conforme a la costumbre, a las prácticas o a los usos del comercio. A falta de toda estipulación explícita al respecto en el contrato de transporte, y a falta de toda costumbre, práctica o uso del comercio, se entenderá por momento y lugar de entrega de las mercancías el momento y el lugar en que se haga la descarga de las mercancías del último medio de transporte en el que sean transportadas con arreglo al contrato de transporte[28].]

Artículo 2. Interpretación del presente Convenio[29]

En la interpretación del presente Convenio, se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional.

---

buques, sin ser necesariamente conceptuables como "persona jurídica". Se han añadido los términos "casa fundacional o domicilio legal" para mayor certeza, dado que el término "sede social" no goza de validez universal. Todos estos cambios son conformes al texto del artículo 60 del Reglamento del Consejo (CE) núm. 44/2001, 22 de diciembre de 2000 sobre la competencia jurisdiccional y el reconocimiento y ejecución de sentencias civiles y mercantiles (Diario Oficial L 12 de 16 de enero de 2002) ("Bruselas I"), de donde se tomó el texto original.

[27] Texto enunciado en párrafo 117 de A/CN.9/576 y aprobado para su ulterior estudio en párrafo 120 de A/CN.9/576. De retenerse esta definición, deberá alinearse su texto con el de los proyectos de artículo 8, 11, 75 y 77.

[28] *Ibid*. Véase la nota 343.

[29] Texto enunciado en el párrafo 4 de A/CN.9/WG.III/WP.39.

Artículo 3. Requisitos de forma[30]

Toda notificación, confirmación, consentimiento, aceptación, declaración y demás comunicaciones de que se habla en los artículos 20 2), 24 1), 24 2), 24 3), 38 1) b) y c), 41 c), 47, 52, 56 1), 63 2), 64 1), 71, 76, 95 1) y 95 6) b) deberá[31] hacerse por escrito. Cabrá utilizar la vía electrónica para dicho fin, con tal de que el recurso a dicha vía se haga con el consentimiento explícito o implícito del autor de la comunicación y de su destinatario.

Artículo 4. Aplicabilidad de las excepciones y límites[32]

1. Las excepciones y limitaciones de la responsabilidad previstas en el presente Convenio y las obligaciones que impone serán invocables en toda acción interpuesta contra el porteador o contra una parte ejecutante marítima por pérdida o daño de las mercancías, que sean objeto de un contrato de transporte, y por demora en la entrega de dichas mercancías o por incumplimiento de toda otra obligación prevista en el presente Convenio[33], tanto si se trata de una acción nacida del contrato como de una acción por concepto de responsabilidad civil o extracontractual, o por algún otro motivo[34].

2. De entablarse una acción[35] contra un empleado o agente del porteador o contra una parte ejecutante marítima, el demandado gozará de toda excepción y limitación de la responsabilidad invocable por el porteador con arreglo al presente Convenio,

---

[30] Texto enunciado en párrafo 6 de A/CN.9/WG.III/WP.47, con inclusión de referencias a proyectos de artículos 20 2), 64 1), 56 1), 63 2), 95 1) y 95 6) b) y correcciones de la descripción inicial de las formas de comunicación. El Grupo de Trabajo tal vez observe que se ha dejado abierta la presente lista, en espera de su ulterior estudio. El Grupo de Trabajo tal vez estime aconsejable insertar un texto explicativo final en el sentido de que las notificaciones contempladas en el presente convenio que no estén reguladas por el artículo 3 podrán efectuarse por cualquier vía de comunicación, incluso verbalmente o por intercambio de mensajes de datos que no satisfaga la definición de "comunicación electrónica". Un dato esencial de toda "comunicación electrónica" es que sea capaz de reproducir toda función asignable a un escrito consignado sobre papel (véase *supra*, nota 330).

[31] La práctica de la CNUDMI es la de utilizar en la versión inglesa la forma verbal "*shall*", pero se ha sugerido que la práctica legislativa moderna prefiere la forma verbal "*must*". Si bien en la presente versión se ha adoptado este enfoque moderno, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar cuál es la forma verbal que estima preferible.

[32] Las correcciones se hacen al texto enunciado en párrafo 10 de A/CN.9/WG.III/WP.39. Se ha trasladado este artículo al capítulo 1 (Disposiciones generales) por referirse a la aplicabilidad general y a la primacía eventual del régimen del futuro convenio y no meramente al tema de la responsabilidad del porteador, en donde figuraba anteriormente.

[33] Se estima que la adición del texto "el incumplimiento de toda otra obligación" hace innecesaria la referencia "[o concerniente a mercancías]".

[34] Conforme se indica en la nota 52 de A/CN.9/WG.III/WP.39 se reconsiderará la índole tal vez repetitiva de los textos del artículo 20 4) y del artículo 4 en el próximo examen que se haga del proyecto de convenio. Los retoques efectuados en estas disposiciones pueden haber remediado este problema.

[35] No se ha repetido el texto "con arreglo al presente convenio" de la regla paralela enunciada en artículo 20 4) por razón de que toda acción entablada contra un empleado o agente no se regirá por el futuro convenio, con la salvedad de la parte ejecutante marítima, regulada en el artículo 20 4).

si [el demandado puede probar que][36] actuó sin salirse del marco de su cometido o de su mandato.

CAPÍTULO 2. COMUNICACIÓN ELECTRÓNICA

Artículo 5. Empleo y validez de las comunicaciones electrónicas[37]

A reserva de los requisitos enunciados en el presente Convenio:

a) todo lo que deba figurar o estar consignado en un título de transporte con arreglo a lo previsto en el presente Convenio podrá ser archivado o comunicado por vía electrónica[38] en vez de por medio de un título de transporte, siempre que la emisión y subsiguiente utilización de un documento electrónico de transporte se haga con el consentimiento explícito o implícito del porteador y del cargador; y

b) la emisión, el control, o la transferencia de un documento electrónico de transporte surtirá el mismo efecto que la emisión, la posesión o la transferencia de un título de transporte.

Artículo 6. Procedimientos para la utilización de documentos electrónicos de transporte negociables[39]

1. La utilización de un documento electrónico de transporte negociable deberá supeditarse a ciertos procedimientos que prevean:

a) El empleo de un método utilizable para emitir y transferir[40] ese documento al tenedor designado;

b) La seguridad de que el documento electrónico de transporte negociable emitido mantendrá su integridad;

c) La manera por la que el tenedor de un documento electrónico podrá demostrar su condición de tal; y

d) La manera por la que se confirmará que la entrega se ha efectuado al tenedor del documento; o que, conforme a lo previsto en los artículos 7 2) o 49 a) ii), el documento electrónico de transporte negociable ha perdido toda validez o eficacia.

---

[36] El Grupo de Trabajo tal vez desee que se suprima el texto entre corchetes a fin de mitigar la carga de la prueba impuesta sobre el empleado o agente.

[37] Texto enunciado en el párrafo 4 de A/CN.9/WG.III/WP.47, y aprobado para su ulterior estudio en el párrafo 187 de A/CN.9/576.

[38] Texto enunciado en el párrafo 4 de A/CN.9/WG.III/WP.47, conforme fue revisado para su ulterior estudio en el párrafo 187 de A/CN.9/576.

[39] Texto enunciado en el párrafo 7 de A/CN.9/WG.III/WP.47, y aprobado en párrafos 207 y 210 de A/CN.9/576, para su ulterior estudio.

[40] Texto enunciado en el párrafo 7 de A/CN.9/WG.III/WP.47, conforme fue revisado en párrafos 207 y 210 de A/CN.9/576, para su ulterior estudio.

2. Los procedimientos exigibles a tenor del párrafo 1 deberán estar indicados en los datos del contrato y ser fáciles de verificar[41].

Artículo 7. Sustitución de un título de transporte negociable por un documento electrónico de transporte negociable[42]

1. De haberse emitido un título de transporte negociable y de convenir el porteador y el tenedor del título en sustituirlo por un documento electrónico de transporte negociable:

a) El tenedor deberá devolver dicho título, o todos los títulos si se emitió más de uno, al porteador; y

b) El porteador deberá emitir a dicho tenedor un documento electrónico de transporte negociable, en donde se declare que el documento así emitido sustituye al título de transporte negociable; y

c) El título de transporte negociable quedará privado, a partir de ese momento, de toda validez o eficacia.

2. De haberse emitido un documento electrónico de transporte negociable y de convenir el porteador y el tenedor del documento en sustituirlo por un título de transporte negociable:

a) El porteador deberá emitir a dicho tenedor un título de transporte negociable en donde se declare que el título así emitido sustituye al documento electrónico de transporte negociable; y

b) A raíz de dicha sustitución, el documento electrónico de transporte quedará privado de toda validez o eficacia.

---

[41] Como se indica en la nota 34 de A/CN.9/WG.III/WP.47, se mantiene la expresión "fáciles de verificar" para indicar, sin excesivo detalle, que esos procedimientos deberán estar al alcance de toda parte que tenga un interés legítimo en conocerlos antes de concertar un compromiso jurídico que dependa de la validez de un documento electrónico de transporte negociable. Se observa además que el sistema previsto funcionaría de manera muy parecida al de la accesibilidad actual de toda cláusula o condición consignada sobre un conocimiento de embarque. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si procede que se den algunas indicaciones conexas en una nota o comentario que se adjunte al texto del futuro convenio.

[42] Texto enunciado en el párrafo 5 de A/CN.9/WG.III/WP.47, y aprobado en párrafo 189 de A/CN.9/576, para su ulterior estudio.

CAPÍTULO 3. ÁMBITO DE APLICACIÓN[43]

Artículo 8. Ámbito de aplicación general[44]

1. A reserva de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, el presente Convenio será aplicable a todo contrato de transporte en el que el lugar de recepción y el lugar de entrega estén situados en distintos Estados, y en el que el puerto de carga [de un tramo marítimo] y el puerto de descarga [de ese mismo tramo] estén situados en distintos Estados, siempre que:

a) el lugar de recepción [o puerto de carga] esté situado en un Estado Contratante[45]; o

b) el lugar de entrega [o puerto de descarga] esté situado en un Estado Contratante; o

[c) en el contrato de transporte se haya estipulado que dicho contrato se regirá por el presente Convenio, o por la ley de algún Estado que lo haya declarado aplicable[46].]

Por todo [lugar o][47] puerto al que se haga referencia, deberá entenderse un [lugar o] puerto estipulado en el contrato de transporte.

2. El presente Convenio será aplicable independientemente de la nacionalidad del barco, del porteador, de las partes ejecutantes, del cargador, del consignatario o de cualquier otra parte interesada.

Artículo 9. Exclusiones e inclusiones de su régimen[48]

1. El presente Convenio no será aplicable:

a) a ningún contrato de fletamento;

b) a ningún contrato para la utilización de un buque o de algún espacio en el interior de un buque;

c) salvo lo dispuesto en el párrafo 2, a ningún otro contrato de transporte por servicio no regular;

d) salvo lo dispuesto en el párrafo 3, a ningún contrato por volumen de carga.

---

[43] Donde faltaba el título de algún artículo o capítulo, se sugiere al Grupo de Trabajo un título posible.

[44] Texto enunciado en el párrafo 52 de A/CN.9/576, y aprobado en el párrafo 62 de A/CN.9/576 para su ulterior estudio.

[45] La práctica habitual de la CNUDMI es la de hablar de "Estado Contratante" y no de "Estado Parte", u otros términos similares. Este cambio se ha efectuado a lo largo de todo el proyecto de Convenio.

[46] Véase el examen de este párrafo en el párrafo 61 de A/CN.9/576.

[47] De definirse en el artículo 1 el "lugar de recepción" y el "lugar de entrega", como se hace actualmente en los proyectos de párrafo bb) y cc), sería innecesario referirse aquí a "lugar".

[48] Texto enunciado en párrafo 52 de A/CN.9/576, y aprobado para su ulterior estudio en párrafo 66 de de A/CN.9/576.

2. Sin menoscabo alguno de lo dispuesto en los apartados a) y b) del párrafo 1, el presente Convenio será aplicable a todo contrato de transporte por servicio no regular, cuando se haya consignado o dejado constancia de dicho contrato en un título de transporte o en un documento electrónico de transporte, y dicho título o documento deje además constancia de la recepción de las mercancías por el porteador o por una parte ejecutante, salvo en lo concerniente a las partes en un contrato de fletamento o en un contrato para la utilización de un buque o de algún espacio en el interior de un buque.

3. a) El presente Convenio será aplicable a las cláusulas por las que se rija cada remesa transportada en el marco de un contrato por volumen de carga, en la medida en que así lo prescriba lo dispuesto en el presente capítulo;

b) El presente Convenio será aplicable a las cláusulas de un contrato por volumen de carga, en la medida en que dichas cláusulas sean aplicables a alguna remesa que, pese a ser transportada en el marco de dicho contrato, se rija por el presente Convenio a tenor de lo dispuesto en el apartado a) del presente párrafo.

Artículo 10. Aplicación a ciertas partes en la operación[49]

No obstante lo dispuesto en el artículo 9, si se emite un título de transporte o un documento electrónico de transporte a raíz de un contrato de fletamento o a raíz de alguno de los contratos al que se hace referencia en los apartados b) o c) del párrafo 1 del artículo 9, el régimen del presente Convenio será aplicable a todo contrato del que se haya dejado constancia o que esté consignado en el título de transporte o en el documento electrónico de transporte emitido, en lo concerniente a la relación entre el porteador y el consignador, el consignatario, la parte controladora, el tenedor, o la persona a la que se hace referencia en el artículo 34, que no sea el fletador o una parte en un contrato previsto en los apartados b) o c) del párrafo 1 del artículo 9.

CAPÍTULO 4. PERÍODO DE RESPONSABILIDAD[50]

Artículo 11. Período de responsabilidad del porteador

1. A reserva de lo dispuesto en el artículo 12, el porteador será responsable de las mercancías, con arreglo al presente Convenio, desde el momento en que el porteador o una parte ejecutante reciba las mercancías para su transporte hasta el momento en que las mercancías sean entregadas al consignatario.

2. El momento y el lugar de recepción de las mercancías serán el momento y el lugar estipulados en el contrato de transporte o, a falta de tal estipulación, el momento y el lugar que sea conforme a la costumbre, las prácticas o los usos del comercio. En ausencia de tal estipulación o de toda costumbre, práctica o uso aplicable, el momento y el lugar de recepción de las mercancías serán el momento y

---

[49] Texto enunciado en párrafo 52 de A/CN.9/576, y aprobado para su ulterior estudio en párrafo 73 de de A/CN.9/576, dejando abierta la posibilidad de que se haga remisión al proyecto de artículo 9 1) d) al final del proyecto de artículo 10 y de que se haga toda aclaración necesaria concerniente a los recibos.

[50] Las correcciones se hacen al texto enunciado en A/CN.9/WG.III/WP.32.

el lugar donde el porteador o una parte ejecutante se haga efectivamente cargo de las mercancías.

3. De exigirse que el consignador entregue las mercancías, en el lugar de recepción, a una autoridad o a otro tercero al que con arreglo a la norma legal o reglamentaria aplicable deba hacerse esa entrega para que el porteador pueda recogerlas, el momento y el lugar en que el porteador recoja las mercancías de manos de esa autoridad o de ese tercero, será tenido por el momento y el lugar de recepción de las mercancías por el porteador con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 2[51].

4. El momento y el lugar de entrega de las mercancías serán el momento y el lugar estipulados en el contrato de transporte, o, a falta de tal estipulación, el momento y el lugar que sea conforme a la costumbre, las prácticas o los usos del comercio. En ausencia de tal estipulación o de toda costumbre, práctica o uso aplicable, el momento y el lugar de entrega de las mercancías serán el momento y el lugar de descarga de las mercancías desde el último medio de transporte en el que se hayan transportado con arreglo al contrato de transporte.

5. De exigirse que el porteador entregue las mercancías, en el lugar de entrega, a una autoridad o a otro tercero al que, con arreglo a la norma legal o reglamentaria aplicable, deba hacerse esa entrega para que el consignatario pueda recogerlas, dicha entrega ha de ser tenida por entrega de las mercancías, por el porteador al consignatario, con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 4.

6. A efectos de la determinación del período de responsabilidad del porteador y a reserva de lo dispuesto en el artículo 14 2), no podrá estipularse en el contrato de transporte que:

a) el momento de recepción de las mercancías sea posterior al comienzo de la operación inicial de carga con arreglo al contrato de transporte, o que

b) el momento de entrega de las mercancías sea anterior a la ultimación de la operación de descarga definitiva de las mercancías con arreglo al contrato de transporte[52].

Artículo 12. Transporte más allá de lo estipulado en el contrato de transporte[53]

Variante A del artículo 12[54]

1. Las partes podrán estipular expresamente en el contrato de transporte que, respecto de uno o más tramos de la operación de transporte de las mercancías, el porteador, actuando en calidad de agente, encomendará el transporte a otro u otros porteadores.

---

[51] Se ha sugerido insertar este párrafo para regular el supuesto de que el consignador se vea obligado a hacer entrega de las mercancías a una autoridad, como pudiera ser una autoridad aduanera, con anterioridad a su entrega al porteador. Este texto refleja el texto del párrafo 5.

[52] Se sugiere insertar el párrafo 6 a fin de evitar que se estipulen actos ficticios en el contrato de transporte con miras a reducir el período de responsabilidad del porteador.

[53] Título sugerido. El Grupo de Trabajo tal vez desee reconsiderar si procede que el artículo 12 esté en el capítulo 4 concerniente al período de responsabilidad.

[54] La variante A es el artículo 12 enunciado en A/CN.9/WG.III/WP.32.

2. En tal caso, el porteador deberá obrar con la debida diligencia al seleccionar a todo otro porteador, y deberá celebrar un contrato con ese otro porteador en las condiciones que sean habituales y normales, haciendo todo lo que sea razonablemente necesario para que ese otro porteador pueda desempeñar debidamente su cometido con arreglo a su contrato.

Variante B del artículo 12[55]

A instancia del cargador, el porteador podrá consentir en emitir un único título de transporte o un único documento electrónico de transporte que prevea expresamente un tramo de transporte no incluido en el contrato de transporte. En tal supuesto, la responsabilidad del porteador se circunscribirá al período del contrato de transporte y, salvo acuerdo en contrario, el porteador deberá, en nombre del cargador, negociar el tramo adicional conforme a lo indicado en el título de transporte o en el documento electrónico de transporte anteriormente mencionado.

CAPÍTULO 5. OBLIGACIONES DEL PORTEADOR

Artículo 13. Transporte y entrega de las mercancías

Con arreglo al presente Convenio y de conformidad con lo estipulado en el contrato de transporte, el porteador[56] deberá transportar las mercancías hasta el lugar de destino y hacer entrega de ellas al consignatario.

Artículo 14. Obligaciones específicas

1. Durante el período de su responsabilidad, definido en el artículo 11, y a reserva de lo dispuesto en el artículo 27, el porteador deberá recibir[57], cargar, manipular, estibar, transportar, guardar, custodiar, descargar y entregar las mercancías.

[2. Las partes podrán estipular que las operaciones de carga, estiba y descarga de las mercancías sean efectuadas por el cargador o por alguna de las personas a las que se hace referencia en el artículo 35, la parte controladora o el consignatario. Dicha estipulación deberá ser mencionada en los datos del contrato[58].]

---

[55] La primera oración de la variante B tiene por objeto aclarar el párrafo 1 de la variante A. La segunda oración de la variante B modifica el texto del abreviado párrafo 2 de la variante A al modificar la obligación que pesa sobre el porteador al organizar todo tramo de transporte adicional, exigiendo el cobro con arreglo a lo convenido en el contrato de transporte o en algún otro instrumento y no meramente con la debida diligencia.

[56] Se sugiere suprimir "[cuidadosamente y como es debido]" por innecesario y repetitivo, dado que "con arreglo al presente Convenio" conlleva la obligación de transportar las mercancías debida y cuidadosamente. El proyecto de artículo 13 enuncia además una obligación general que será reforzada en artículos subsiguientes.

[57] Se ha insertado "recibir" y "entregar" a fin de reconocer explícitamente una y otra obligación del porteador.

[58] Conforme se dice en la nota 47 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se había señalado en el párrafo 127 de A/CN.9/510 que se decidió colocar entre corchetes esta disposición para recordar que el Grupo de Trabajo habría de reconsiderar las cláusulas FIO (sin gastos de carga y descarga)

Artículo 15. Mercancías que puedan constituir un peligro

Variante A[59]

No obstante lo dispuesto en los artículos 13, 14, y 16 1), el porteador podrá negarse a cargar las mercancías o podrá descargarlas, destruirlas o hacerlas inofensivas, o adoptar cualquier otra medida que sea razonable, si las mercancías constituyen, o existe algún riesgo verosímil de que puedan pasar a constituir durante el período de responsabilidad del porteador, un peligro efectivo para las personas o los bienes, o un peligro inaceptable para el medio ambiente o contrario a alguna norma legal.

Variante B[60]

No obstante lo dispuesto en los artículos 13, 14, y 16 1), el porteador podrá descargar, destruir o hacer inofensivas las mercancías que pasen a constituir un peligro efectivo para las personas o los bienes.

Artículo 16. Obligaciones propias de la travesía por mar[61]

1. El porteador estará obligado a obrar con la debida diligencia antes de la travesía por mar, así como al comienzo y en el curso de dicha travesía[62], a fin de:

a) velar en todo momento por la navegabilidad del buque;

b) tripular[63], armar y avituallar debidamente al buque y mantenerlo así tripulado[64], armado y avituallado durante toda la travesía[65];

---

y FIOS (sin gastos de carga, estiba y descarga) así como la relación entre esas cláusulas y el régimen de responsabilidad del porteador. El Grupo de Trabajo tal vez desee reconsiderar esta disposición a la luz de todo cambio que se haga en los artículos 13 y 14 1).

[59] La variante A del artículo 15 está basada en el texto original del proyecto de convenio (A/CN.9/WG.III/WP.21).

[60] La variante B está basada en los principios inspiradores del artículo 13 de las Reglas de Hamburgo en lo concerniente a las facultades reconocidas a un porteador en todo supuesto de emergencia imputable al transporte de mercancías peligrosas.

[61] Texto enunciado en el párrafo 11 de A/CN.9/WG.III/WP.36, junto con las notas.

[62] Como se indica en la nota 55 de A/CN.9/WG.III/WP.36, el Grupo de Trabajo convino en que el deber del porteador de actuar con la diligencia debida para mantener la navegabilidad del buque fuera una obligación sin solución de continuidad y en que, por lo tanto, se suprimieran todos los corchetes en el proyecto de artículo 16 1) incorporándose a su texto las palabras que en ellos figuraban. El Grupo de Trabajo convino asimismo en que al dar a la obligación el carácter de continua, podía alterarse el equilibrio que establecía el proyecto de convenio entre los riesgos del porteador y los del propietario de la carga, por lo que el Grupo de Trabajo debería tener presente la necesidad de mantener ese equilibrio al examinar el resto del convenio.

[63] Como se indicaba en la nota 56 de A/CN.9/WG.III/WP.36, se sugirió utilizar en la versión inglesa un lenguaje neutral, como pudiera ser “crew” en vez de la frase “man ... the ship”. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar esta sugerencia.

[64] *Ibid.*

[65] Como se indica en la nota 58 de A/CN.9/WG.III/WP.36, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que introdujera los cambios necesarios en el apartado b) para que quedara claro que regulaba una obligación continua. Se sugirió que tal vez bastara con aplicar las palabras “durante todo el viaje”. Otra posibilidad consistiría en insertar las palabras “de forma continua” a continuación de las palabras “mantenerlo así”.

c) encargarse de que las bodegas y demás partes del buque en donde se transporten las mercancías, así como los contenedores que suministre el porteador y en cuyo interior o sobre los cuales se transporten mercancías, están y se mantienen en buen estado para la recepción, el transporte y la preservación de las mercancías.

[2. No obstante lo dispuesto en los artículos 13, 14, y 16 1), el porteador podrá sacrificar mercancías cuando ese sacrificio sea razonable para amparar la seguridad común o para salvaguardar de algún peligro[66] vidas humanas[67] u otros bienes que participen o formen parte de la común empresa[68].]

CAPÍTULO 6. RESPONSABILIDAD DEL PORTEADOR POR PÉRDIDA, DAÑO O DEMORA

Artículo 17. Fundamento de la responsabilidad[69]

1. El porteador será responsable de la pérdida de las mercancías o del daño sufrido por ellas, así como de la demora en su entrega, si el demandante demuestra que:

a) la pérdida, el daño o la demora; o

b) el hecho que causó o que contribuyó a causar la pérdida, el daño o la demora

se produjo durante el período de responsabilidad del porteador definido en el capítulo 4. El porteador quedará exonerado total o parcialmente de su responsabilidad si, por su parte, demuestra que la causa o una de las causas de la pérdida, el daño o la demora no es imputable a falta suya ni de ninguna de las personas a que se hace referencia en el artículo 19.

---

[66] Como se indica en la nota 59 de A/CN.9/WG.III/WP.36, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que insertara en el texto algo que hiciera referencia a algún peligro inminente, procurando, no obstante, no prejuzgar ni alterar las reglas relativas a la avería gruesa. A fin de armonizar su texto con la Regla A de las Reglas de York-Amberes de 1994 se han insertado las palabras “de algún peligro” a continuación de las palabras “salvaguardar”.

[67] Como se indica en la nota 60 de A/CN.9/WG.III/WP.36, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que considerase la inclusión en el texto de una referencia a vidas humanas, que puede verse a continuación de las palabras “de algún peligro”.

[68] Como se indica en la nota 61 de A/CN.9/WG.III/WP.36, el Grupo de Trabajo decidió mantener el proyecto de artículo 16 2) entre corchetes y en su lugar actual, en espera de que se estudiara ulteriormente si procedía trasladarlo al capítulo 18 sobre la avería gruesa.

[69] Texto enunciado en párrafos 31 y 75 de A/CN.9/572, y aceptado a grandes rasgos en párrafos 33 y 80 de A/CN.9/572.

2. Si el porteador, en vez de probar que está exento de culpa conforme a lo indicado en el párrafo 1, demuestra que uno de los hechos mencionados en el párrafo 3 fue el que causó o contribuyó a causar la pérdida, el daño o la demora, el porteador quedará, en dicho caso, exonerado total o parcialmente de su responsabilidad, a reserva de que sea aplicable alguna de las siguientes disposiciones:

a) si el demandante demuestra que el porteador o una de las personas a que se hace referencia en el artículo 19 causó o contribuyó a causar el hecho que el porteador aduce, este último será responsable, total o parcialmente, de la pérdida, el daño o la demora;

b) si el demandante demuestra que un hecho no enumerado en el párrafo 3 contribuyó a la pérdida, el daño o la demora y el porteador no puede demostrar que ese hecho no es imputable a falta suya ni de ninguna de las personas a que se hace referencia en el artículo 19, el porteador será, en dicho caso, responsable de parte de la pérdida, el daño o la demora;

c) si el demandante demuestra que la pérdida, el daño o la demora fue o pudo haber sido causado, total o parcialmente por:

i) deficiencias en la navegabilidad del buque;

ii) deficiencias de la tripulación, del armamento o del avituallamiento del buque; o por

iii) el hecho de que la bodega u otras partes del buque donde se transportan las mercancías (incluido todo contenedor que suministre el porteador y sobre el cual o en cuyo interior se transporten las mercancías) no estaban en buen estado para recibirlas, transportarlas y preservarlas,

y si el porteador no puede demostrar que

A) cumplió con su obligación de obrar con la debida diligencia, conforme a lo prescrito por el artículo 16 1); o

B) la pérdida, el daño o la demora no fue causado por ninguna de las circunstancias a las que se hace referencia en los anteriores incisos i), ii) y iii),

el porteador será, en dicho caso, total o parcialmente responsable de la pérdida, el daño o la demora.

3. Los hechos a que se hace referencia en el párrafo 2 son:

a) fuerza mayor;

b) riesgos, peligros y accidentes de la mar o de otras aguas navegables;

c) guerra, hostilidades, conflicto armado, piratería, terrorismo, motines y tumultos;

d) restricciones por concepto de cuarentena; intervenciones o impedimentos imputables a autoridades públicas o políticas, a dirigentes o a personas particulares, lo que incluye toda medida de detención, embargo o incautación no imputable a

ningún acto del porteador o de alguna persona a la que se haga referencia en el artículo 19[70];

e) huelgas, cierre patronal, interrupción del trabajo, o reducción intencional del ritmo laboral;

f) incendio a bordo del buque;

g) vicios ocultos en el [buque] [barco] [medio de transporte][71] que no puedan descubrirse obrando con la debida diligencia;

h) algún acto u omisión del cargador o de cualquiera de las personas a las que se hace referencia en el artículo 35[72], la parte controladora, o el consignatario;

i) la manipulación, la carga, [la estiba,] o la descarga[73] de las mercancías [efectuada de hecho] por el cargador o por cualquiera de las personas a que se hace referencia en el artículo 35[74], o por la parte controladora o el consignatario[75];

j) merma de volumen o de peso o cualquier otra pérdida o daño que sea imputable a la índole especial de las mercancías o a un defecto o vicio de estas;

k) insuficiencia o estado defectuoso del embalaje o del marcado, si alguna de estas operaciones no fue efectuada por el porteador [o en su nombre];

l) salvamento o tentativa de salvamento de vidas en la mar;

m) toda medida que sea razonable para salvar o intentar salvar bienes en la mar;

n) toda medida que sea razonable para evitar o tratar de evitar daños al medio ambiente;

[o) actos del porteador o de una parte ejecutante en el ejercicio de las facultades conferidas por los artículos 15 y 16 2), caso de haberse convertido las mercancías en un peligro para las personas, los bienes o el medio ambiente, o cuando las mercancías hayan tenido que ser sacrificadas[76].]

4. De haber quedado exonerado de una parte de su responsabilidad con arreglo a lo dispuesto en los párrafos anteriores del presente artículo, el porteador será únicamente responsable de la parte de la pérdida, del daño o de la demora que sea imputable al hecho o suceso del cual sea responsable con arreglo a los párrafos anteriores, y la responsabilidad deberá distribuirse en función de lo dispuesto en dichos párrafos.

---

[70] Deberá estudiarse si la remisión al artículo 19 es necesaria.

[71] El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si se desea que figuren en este apartado los términos colocados entre corchetes.

[72] Deberá estudiarse si la remisión al artículo 35 es necesaria.

[73] Cambio estilístico de la versión inglesa.

[74] Deberá estudiarse si la referencia al artículo 35 es necesaria.

[75] Como se señala en párrafo 76 de A/CN.9/572, el Grupo de Trabajo convino en añadir una nota al inciso i) para indicar que el texto definitivo dependería del resultado de las deliberaciones acerca del artículo 14 2).

[76] El Grupo de Trabajo tal vez desee reconsiderar esta disposición a la luz de lo que se haga respecto del proyecto de artículo 33.

Artículo 18. Responsabilidad del porteador por no haber facilitado información e instrucciones[77]

El porteador será responsable[78] de toda pérdida, daño [, demora][79] o lesión corporal causada por un incumplimiento de sus obligaciones con arreglo al artículo 29, salvo [y en la medida en] que el porteador pruebe que no fue culpa suya ni de ninguna persona a la que se haga referencia en el artículo 19, lo que causó [o contribuyó a causar] la pérdida, el daño [, la demora] o la lesión corporal.

Artículo 19. Responsabilidad subsidiaria del porteador[80]

1. A reserva de lo dispuesto en el artículo 20 4)[81], el porteador será responsable de los actos y omisiones de:

a) toda parte ejecutante, y de

b) toda otra persona, incluidos los subcontratistas, empleados[82] y agentes de una parte ejecutante, que cumpla o se comprometa a cumplir cualquiera de las obligaciones que incumben al porteador con arreglo al contrato de transporte, en la medida en que dicha persona actúe, directa o indirectamente, a instancia del porteador o bajo su supervisión o control, al igual que si se tratara de actos u omisiones del propio porteador.

2. El porteador será únicamente responsable con arreglo al párrafo 1 cuando la parte ejecutante o alguna de esas personas haya cometido el acto o la omisión culpable en el ejercicio de alguna función que tenga asignada en su condición de subcontratista, empleado o agente.

Artículo 20. Responsabilidad de una parte ejecutante marítima[83]

1. Toda parte ejecutante marítima quedará sujeta a las obligaciones y responsabilidades impuestas al porteador con arreglo al presente Convenio y gozará de los derechos e inmunidades que el Convenio reconozca al porteador si el hecho a raíz del cual se haya producido la pérdida, el daño o la demora ocurrió a) durante el período en el que dicha parte ejecutante ejercía la custodia de las mercancías;

---

[77] Texto enunciado en párrafo 18 de A/CN.9/WG.III/WP.39, junto con las notas. Como se indica en la nota 85 de A/CN.9/WG.III/WP.39, ciertos elementos de los proyectos de artículo 31 y 33, concernientes a la responsabilidad del porteador, se han numerado "artículo 18", en la expectativa de su eventual inserción en este lugar.

[78] Véase *infra*, nota 445.

[79] Véase *infra*, nota 447.

[80] Correcciones al texto enunciado en párrafo 12 de A/CN.9/WG.III/WP.36.

[81] Como se indica en la nota 63 de A/CN.9/WG.III/WP.36, el Grupo de Trabajo decidió mantener el texto inicial de este artículo, pese a que se sugirió sustituirlo por "a reserva de la responsabilidad y de las limitaciones de la responsabilidad del porteador", ya que el proyecto de artículo 19 regula las acciones dirigidas contra el porteador, mientras que el proyecto de artículo 20 4) regula las acciones dirigidas contra toda otra persona que no sea el porteador.

[82] Como se indica en la nota 64 de A/CN.9/WG.III/WP.36, tal vez se haya de estudiar la posibilidad de regular por separado la responsabilidad subsidiaria del porteador respecto de sus empleados (que debe ser muy amplia) y su responsabilidad respecto de todo subcontratista (que podría ser algo más restringida).

[83] Las correcciones se hacen al texto enunciado en el párrafo 12 de A/CN.9/WG.III/WP.36.

o b) en cualquier otro momento en la medida en que participaba en la ejecución de cualquiera de las actividades previstas por el contrato de transporte.

2. Si el porteador acepta asumir obligaciones que no le imponga el presente Convenio, o acepta que su responsabilidad por la demora en la entrega de las mercancías o por la pérdida o el daño que puedan sufrir esas mercancías sea superior a los límites fijados en los artículos 65, 64[84] y 26 4), ninguna parte ejecutante marítima quedará obligada por esa aceptación, salvo que dicha parte haya aceptado expresamente esas responsabilidades o esos límites.

3. A reserva de lo dispuesto en el párrafo 4, toda parte ejecutante marítima será responsable de los actos y omisiones de cualquier persona en la que haya delegado la ejecución de cualquiera de las obligaciones que incumban al porteador con arreglo al contrato de transporte, incluidos sus subcontratistas, empleados y agentes, como si dichos actos o dichas omisiones fueran de la propia parte ejecutante. Una parte ejecutante marítima solo será responsable con arreglo al presente párrafo cuando dicha persona haya cometido el acto o la omisión culpable en el ejercicio de alguna función que tenga asignada en su condición de subcontratista, empleado o agente[85].

Variante A del párrafo 4[86]

4. De entablarse una acción con arreglo al presente Convenio contra una parte ejecutante marítima, el demandado podrá oponer toda excepción o limitación de la responsabilidad que sea oponible por el porteador con arreglo al presente Convenio si [demuestra que][87] obró en el ejercicio de alguna función que tenga asignada en su condición de subcontratista, empleado o agente.

---

[84] Como se indica en la nota 69 de A/CN.9/WG.III/WP.36, el Grupo de Trabajo tomó nota de la sugerencia de que se limitara la remisión al proyecto de artículo 64, pues se sostuvo que si bien era aceptable hacer remisión a los párrafos 1), 3) y 4) del proyecto de artículo 64 no debería hacerse remisión al párrafo 2) del artículo 64 por no ser la parte ejecutante responsable por daños no ubicados en la trayectoria de la operación de transporte. El Grupo de Trabajo decidió que esta sugerencia debería ser examinada algo más en detalle una vez que se hubiera tomado una decisión respecto de la inclusión del párrafo 2) del proyecto de artículo 64 en el proyecto de convenio.

[85] Como se indica en la nota 74 de A/CN.9/WG.III/WP.36, el Grupo de Trabajo reiteró su decisión de que la estructura de este párrafo reflejara la del nuevo proyecto de artículo 19, y aplazó a un ulterior período de sesiones el examen de los pareceres expresados respecto de que el proyecto de artículo 20 3) fuera aplicable a toda parte ejecutante tanto marítima como no marítima.

[86] Se sugiere esta variante como párrafo 20 4) a fin de responder al deseo del Grupo de Trabajo indicado en nota 77 de A/CN.9/WG.III/WP.36, de que se examinara una variante por la que se limitara el alcance de este párrafo a la esfera marítima y en línea con el artículo 4 2) que enuncia una regla similar para los empleados y agentes.

[87] El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de examinar si el texto entre corchetes debe suprimirse a fin de reducir la carga de la prueba impuesta sobre la parte ejecutante marítima.

Variante B del párrafo 4

4. De entablarse una acción con arreglo al presente Convenio contra alguna persona, que no sea el porteador, a la que se haga referencia en el artículo 19 o en el párrafo 3, [particularmente contra algún empleado o agente del porteador contractual o de una parte ejecutante marítima,][88] dicha persona podrá oponer toda excepción y limitación de la responsabilidad que sea oponible por el porteador con arreglo al presente Convenio, si [demuestra que][89] obró en el ejercicio de alguna función que tenga asignada en su condición de subcontratista, empleado, o agente.

Artículo 21. Responsabilidad mancomunada y solidaria, y compensación[90]

1. De ser el porteador y una o más partes ejecutantes marítimas responsables[91] por la pérdida de las mercancías, por todo daño que les sea ocasionado o por la demora en su entrega, su responsabilidad será mancomunada y solidaria [, siendo cada parte responsable por la totalidad del importe de la pérdida, del daño o de la demora, sin perjuicio de toda acción de repetición ejercitable contra toda otra parte solidariamente responsable][92], pero únicamente hasta el límite fijado en los artículos 22, 64 y 26.

2. A reserva de lo dispuesto en el artículo 66, la responsabilidad acumulada de todas esas personas no deberá exceder de los límites globales enunciados en el presente Convenio.

---

[88] Como se indica en la nota 80 de A/CN.9/WG.III/WP.36, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la fórmula simplificada del texto inicial del párrafo que termina inmediatamente antes de "dicha persona". De entablarse contra cualquier parte ejecutante marítima [, incluidos sus subcontratistas, empleados o agentes,] dicha persona ...".

[89] Véase *supra*, 404.

[90] Texto enunciado en párrafo 2 de A/CN.9/WG.III/WP.39, junto con las notas.

[91] Como se indica en la nota 3 de A/CN.9/WG.III/WP.39, se observó que debería limitarse el alcance de esta regla a la parte ejecutante marítima. Al haberse formulado este proyecto de párrafo en forma de proyecto de artículo separado, se ha cambiado, para mayor claridad, el texto "Si la responsabilidad por la pérdida de las mercancías, por el daño sufrido por estas o por el retraso en su entrega recae en el porteador y en una o más partes ejecutantes marítimas" de A/CN.9/WG.III/WP.36, en "De ser el porteador y una o más partes ejecutantes marítimas responsables". El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si esta aclaración responde a las inquietudes expresadas en párrafo 14 de A/CN.9/552, salvo la inquietud concerniente a la compensación que se examinará en el proyecto de artículo 21 3) *infra*.

[92] Según se indica en la nota 4 de A/CN.9/WG.III/WP.39 se ha insertado el texto entre corchetes para dotar de mayor claridad al término "responsabilidad mancomunada y solidaria". Ahora bien, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar el empleo que se hace del término "responsabilidad mancomunada y solidaria" en otros muchos instrumentos internacionales, incluidos: artículo 10 4) de las Reglas de Hamburgo; artículo 27 4) de las Reglas Uniformes relativas al contrato de transporte internacional ferroviario de mercancías, conforme fue enmendado por el Protocolo de Modificación de 1999 ("CIM-COTIF 1999"); artículo 4 5) del Convenio de Budapest relativo al contrato de transporte por vías de navegación interior, 2000 ("CMNI"); artículo 30 3) del Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional, conforme fue enmendado por los protocolos de 1955 y 1975 ("Convenio de Varsovia"); y artículo 36 3) del Convenio para la unificación de ciertas reglas del transporte aéreo internacional, Montreal 1999 ("Convenio de Montreal").

[3. De prosperar alguna demanda presentada contra una parte ejecutante no marítima por la pérdida de las mercancías, el daño que les sea ocasionado o la demora en su entrega, la suma percibida por el demandante será deducible de la suma reclamable en toda demanda subsiguiente presentada por el demandante, por esa misma pérdida, daño o demora, contra el porteador o contra una parte ejecutante marítima[93].]

Artículo 22. Demora[94]

Se considerará que hay demora en la entrega cuando las mercancías no se entreguen en el lugar de destino indicado en el contrato de transporte dentro del plazo explícitamente estipulado o, a falta de tal acuerdo, dentro del plazo que sea razonable esperar de un porteador diligente, a la luz de las condiciones del contrato, de las características del transporte y de las circunstancias del viaje o de la travesía[95].

Artículo 23. Cálculo de la indemnización[96]

1. A reserva de lo dispuesto en el artículo 64, la indemnización abonable por el porteador por toda pérdida o daño de las mercancías será calculada en función del valor de esas mercancías en el lugar y en el momento de su entrega, que se determinarán conforme a lo dispuesto en el artículo 11.

2. El valor de las mercancías se fijará en función de su precio en la bolsa de productos básicos o, de no cotizarse en dicha bolsa, en función de su precio del mercado o, de no conocerse tampoco su precio de mercado, en función del valor que sea normal para mercancías de esa misma índole y de la misma calidad en el lugar de entrega.

3. En todo supuesto de pérdida o daño de las mercancías, el porteador no deberá pagar indemnización alguna que no esté prevista en los párrafos 1 y 2, salvo que el porteador y el cargador hayan convenido en calcular la indemnización de un modo diferente, sin salirse de los límites establecidos en el capítulo 20.

---

[93] Como se indica en la nota 7 de A/CN.9/WG.III/WP.39, se ha preparado una versión revisada en espera de que se opte por examinar más a fondo la preparación de una regla uniforme sobre compensación del importe de las reclamaciones o por dejar esta cuestión al arbitrio del derecho interno. Véase también nota 407, *supra*. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si este párrafo es necesario o si procede suprimirlo.

[94] Las correcciones se hacen al texto enunciado en el párrafo 3 de A/CN.9/WG.III/WP.39.

[95] El artículo 22 2), anteriormente artículo 16 2) de A/CN.9/WG.III/WP.32, ha pasado a ser artículo 65 del nuevo capítulo sobre limitación de la responsabilidad.

[96] Texto enunciado en el párrafo 5 de A/CN.9/WG.III/WP.39.

Artículo 24. Aviso en caso de pérdida, daño o demora[97]

[Variante A del párrafo 1[98]

1. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el porteador ha hecho entrega de las mercancías, conforme aparezcan descritas en los datos del contrato, a menos que se haya dado aviso[99] [, por el consignatario o en su nombre,] de la pérdida o del daño sufrido por las mercancías[100], junto con una indicación de la índole general de dicha pérdida o daño, al porteador o a la parte ejecutante que haga entrega de las mercancías, antes o en el momento mismo de efectuarse esa entrega, o, si la pérdida o el daño no son manifiestos, dentro de los [tres días laborables] [siete días] [siete días laborables en el lugar de la entrega] [siete días consecutivos] siguientes a la entrega de las mercancías. No se habrá de dar dicho aviso respecto de toda pérdida o daño que se haya constatado en el curso de una inspección conjunta[101] de las mercancías, efectuada por el consignatario junto con el porteador o la parte ejecutante cuya responsabilidad esté siendo alegada.]

[Variante B del párrafo 1[102]

1. [El consignatario o una persona que actúe en su nombre deberá dar] [Deberá darse] aviso de la pérdida o del daño sufrido por las mercancías[103], junto con una indicación de la índole general de dicha pérdida o daño, al porteador o a la parte ejecutante que haga entrega de las mercancías, antes o en el momento mismo de efectuarse la entrega, o, si la pérdida o el daño no son manifiestos, dentro de [los tres días laborables][104] [los ___ días laborables en el lugar de la entrega,] [los ___ días consecutivos] siguientes a la entrega de las mercancías. [Todo tribunal [podrá] [deberá] tener en cuenta la ausencia eventual de dicho aviso, al decidir si el demandante ha cumplido con su obligación de probar los hechos, que le incumbe a tenor del artículo 17 1).] No se requerirá dicho aviso respecto de toda pérdida o daño que se haya constatado en una inspección conjunta de las mercancías, llevada a cabo por el consignatario junto con el porteador o la parte ejecutante cuya responsabilidad esté siendo alegada.]

---

[97] Correcciones al texto enunciado en párrafo 9 de A/CN.9/WG.III/WP.39.

[98] Como se indica en la nota 39 de A/CN.9/WG.III/WP.39, se colocó entre corchetes, para su ulterior estudio el texto original y la versión reformulada del párrafo 1, conforme se sugirió en párrafo 66 de A/CN.9/552. La variante A del párrafo 1 es el texto en A/CN.9/WG.III/WP.32, salvo la supresión de "[un plazo razonable]" conforme se decidió en párrafo 75 de A/CN.9/552, junto con las adiciones señaladas.

[99] Como se indica en la nota 40 de A/CN.9/WG.III/WP.39, el artículo 3 del proyecto de convenio enuncia que el aviso que ha de darse a tenor de la regla del párrafo 1, y de algunas otras reglas, podrá cursarse por vía electrónica; de lo contrario, habrá de darse por escrito.

[100] Se suprimió, por innecesario, el texto "o concerniente a las mismas".

[101] Como se indica en la nota 43 de A/CN.9/WG.III/WP.39, se sugirió en el párrafo 95 de A/CN.9/525 que tal vez resultaran más apropiadas, en un contexto de tradición civilista, las expresiones "inspección concurrente" o "inspección contradictoria".

[102] Como se indica en la nota 44 de A/CN.9/WG.III/WP.39, la variante B del párrafo 1 es el texto del párrafo 66 de A/CN.9/552.

[103] Véase *infra*, nota 538.

[104] Como se indica en el párrafo 75 de A/CN.9/552, el Grupo de Trabajo decidió suprimir la expresión "[un plazo razonable]" del texto original de donde se tomó la presente variante.

2. No será abonable indemnización alguna, con arreglo al artículo 22, salvo que se haya dado aviso al porteador, de toda pérdida imputable a demora, dentro de los 21 días consecutivos siguientes a la entrega de las mercancías.

3. De darse el aviso prescrito en el presente artículo a la parte ejecutante que haya hecho entrega de las mercancías, ese aviso surtirá el mismo efecto que si se hubiera dado al porteador, y todo aviso dado al porteador surtirá el mismo efecto que un aviso dado a una parte ejecutante marítima.

4. En todo caso de pérdida o daño efectivo o presunto, las partes interesadas en una reclamación o controversia deberán darse mutuamente toda facilidad que sea razonable para inspeccionar y tasar las mercancías y deberán dar acceso a todo expediente o documento concerniente al transporte de las mercancías.

CAPÍTULO 7. DISPOSICIONES ADICIONALES RELATIVAS A CIERTAS ETAPAS DEL TRANSPORTE

Artículo 25. Desvío de ruta durante el transporte por mar

[Variante A[105]

1. El porteador no será responsable de la pérdida, del daño o de la demora en la entrega que resulte de algún desvío de ruta efectuado para salvar o intentar salvar alguna vida [o bienes] en la mar [, o que resulte de cualquier otro desvío [razonable]].

2. Cuando con arreglo al derecho interno aplicable un desvío de ruta constituya de por sí un incumplimiento de las obligaciones del porteador, ese incumplimiento surtirá únicamente efecto en consonancia con lo dispuesto en el presente Convenio[106].]

[Variante B[107]

1. El porteador no será responsable de la pérdida, del daño, o de la demora en la entrega que sea imputable a un desvío de ruta efectuado para salvar o intentar salvar alguna vida o ciertos bienes en la mar o a cualquier otro desvío que sea razonable.

---

[105] Como se indica en la nota 59 de A/CN.9/WG.III/WP.39, la variante A ha sido tomada de A/CN.9/WG.III/WP.32.

[106] Como se indica en la nota 60 de A/CN.9/WG.III/WP.39, cabría formular una variante de este párrafo que dijera:

> "Cuando con arreglo al derecho interno aplicable, un desvío de ruta constituya de por sí un incumplimiento de las obligaciones del porteador, dicho incumplimiento no privará al porteador o a la parte ejecutante de su derecho a invocar toda excepción o todo límite de la responsabilidad que haya previsto el presente Convenio".

De adoptarse esta variante, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si estima necesario mantener la regla enunciada en el párrafo 1 del artículo.

[107] Como se indica en la nota 61 de A/CN.9/WG.III/WP.39, la variante B ha sido tomada del proyecto de artículo propuesto en párrafo 38 de A/CN.9/WG.III/WP.34.

2. En la medida en que un desvío de ruta constituya un incumplimiento de alguna obligación del porteador con arreglo a alguna norma jurídica reconocida por el derecho interno o por el presente Convenio, esa norma será aplicable únicamente cuando el desvío efectuado no sea razonable respecto de la ruta asignable a un buque.

3. En la medida en que un desvío de ruta constituya un incumplimiento de alguna obligación del porteador, ese incumplimiento surtirá únicamente efecto en el marco de lo estatuido al respecto en el presente Convenio. En particular, ese desvío no privará al porteador de ninguno de sus derechos a tenor del presente Convenio, salvo en la medida de lo previsto a dicho respecto en el artículo 66.]

Artículo 26. Carga sobre cubierta a bordo de un buque[108]

1. Las mercancías solo se podrán transportar sobre la cubierta de un buque, o apiladas sobre su cubierta*:

a) si así lo exige alguna norma legal, administrativa o reglamentaria aplicable, o

b) si las mercancías se transportan en o sobre contenedores [, diseñados para dicho transporte,] que viajen sobre cubiertas que estén equipadas para el transporte de esos contenedores, o

c) [en supuestos no regulados por los apartados a) o b) del presente párrafo,] si el transporte sobre cubierta [está en consonancia con lo estipulado en el contrato de transporte, o si] responde a alguna costumbre, uso o práctica del comercio, o si se hace conforme a ciertos usos o prácticas del ramo de que se trate.

2. De efectuarse el transporte de las mercancías con arreglo a lo dispuesto en los apartados a) o c) del párrafo 1, el porteador no será responsable de la pérdida o del daño que sufran dichas mercancías, o de la demora en su entrega que sea imputable a los riesgos especiales que entrañe su transporte sobre cubierta. De efectuarse el transporte de las mercancías sobre cubierta, o en contenedores apilados sobre la misma, con arreglo a lo previsto en el apartado b) del párrafo 1, el porteador sí será responsable de la pérdida o del daño que sufran dichas mercancías, o de la demora en su entrega, con arreglo a lo dispuesto en el presente Convenio, sin que haya de tenerse en cuenta la circunstancia de que el transporte se haya efectuado directamente sobre cubierta, o en contenedores o bultos apilados sobre cubierta. De transportarse las mercancías sobre cubierta en casos distintos de los permitidos a tenor del párrafo 1, el porteador será responsable, al margen de lo dispuesto por el artículo 17, de toda pérdida o daño que sufran las mercancías, o de toda demora en su entrega, que sea exclusivamente imputable a su transporte sobre cubierta[109].

---

[108] Las correcciones se hacen al texto enunciado en el párrafo 13 de A/CN.9/WG.III/WP.39.

* Nota del traductor: Esta lectura del original inglés no es la única posible. "*on board*" y "*above board*" pueden ser dos expresiones prácticamente sinónimas, ya que es habitual en los textos legales del "*common law*" mencionar todas las variantes de lenguaje en uso. De ser así, la versión española solo debería hablar de "carga sobre cubierta".

[109] Como se indica en la nota 63 de A/CN.9/WG.III/WP.39, tal vez deba examinarse más a fondo el párrafo 2, en conjunción con el proyecto de artículo 17 4) aun cuando los cambios efectuados en el artículo 17 4) tal vez hagan dicho examen innecesario.

3. De efectuarse el transporte de las mercancías con arreglo a lo dispuesto en el apartado c) del párrafo 1, el hecho de que ciertas mercancías vayan sobre cubierta deberá hacerse constar en los datos del contrato. De lo contrario, recaerá en el porteador la carga de tener que probar que su transporte sobre cubierta cumple con lo dispuesto en el apartado c) del párrafo 1 y, caso de que se emita un título de transporte negociable o un documento electrónico de transporte negociable, el porteador no tendrá derecho a invocar la regla de ese apartado frente a un tercero que haya adquirido de buena fe dicho título o documento[110].

[4. Si el porteador es responsable, con arreglo al presente artículo, de la pérdida o del daño que sufran las mercancías transportadas sobre cubierta, o de la demora en su entrega, su responsabilidad quedará limitada conforme a lo previsto en los artículos 22 y 64 y 66 1); pero, si el porteador y el cargador han convenido [expresamente] en que las mercancías se transporten bajo cubierta, el porteador no tendrá derecho a limitar su responsabilidad por toda pérdida de las mercancías o por todo daño que hayan sufrido [[en la medida que dicho daño sea] [que sea exclusivamente] imputable al hecho de que fueron transportadas sobre cubierta][111].][112]

[Artículo 27. Tramo que preceda o que siga al transporte por mar

1. Cuando surja una reclamación o una controversia por pérdida o daño de las mercancías o por demora que se produjo enteramente durante el período de responsabilidad del porteador pero que ocurrió:

a) antes de ser cargadas las mercancías a bordo del buque; o

b) una vez descargadas las mercancías del buque pero antes de ser entregadas al consignatario;

y, si al producirse dicha pérdida, dichos daños o dicha demora, el régimen de un convenio internacional [o del derecho interno]

i) es aplicable, a tenor de su propio texto, a la totalidad o a una parte de las actividades que incumben durante dicho período al porteador con arreglo al contrato de transporte, [independientemente de si es o no necesario emitir un determinado documento a fin de que dicho convenio internacional sea aplicable][113], y

---

[110] Como se indica en la nota 64 de A/CN.9/WG.III/WP.39, proseguirá el examen del párrafo 3, así como la cuestión de si la regla en él enunciada debe ser aplicable al supuesto de un tercero que haya depositado su confianza en un título o documento electrónico de transporte no negociable.

[111] Conforme se indica en la nota 67 de A/CN.9/WG.III/WP.39, se colocó entre corchetes el texto "que sea exclusivamente imputable al hecho de haber sido transportadas sobre cubierta". Se ha añadido a dicho texto una nueva variante.

[112] Como se indica en la nota 69 de A/CN.9/WG.III/WP.39, se colocó el párrafo 4 entre corchetes para su examen en un ulterior período de sesiones, en el que se examinaría su relación con el proyecto de artículo 66.

[113] Como se indica en el párrafo 55 de A/CN.9/WG.III/21, el texto entre corchetes refleja la regla aplicable con arreglo al Convenio de 1980 concerniente al transporte ferroviario internacional ("COTIF"). Tras la entrada en vigor del Protocolo de 1999 para la modificación del Convenio COTIF, prevista en el otoño del 2005, tal vez el Grupo de Trabajo desee suprimir el texto entre corchetes.

ii) si dicho régimen regula explícitamente la responsabilidad del porteador, y toda limitación de la misma, o el plazo de que se disponga para presentar demandas, y

iii) si no cabe excluir dicho régimen por vía contractual, ya sea en ningún caso o ya sea cuando dicha exclusión se haga en detrimento del cargador,

ese régimen prevalecerá sobre el presente Convenio en la medida en que sea de derecho imperativo, conforme se indica en el anterior inciso iii).]

[2. Lo dispuesto en el párrafo 1 no afectará a la aplicación del artículo 64 2)[114].]

[3. El artículo 27 será aplicable cualquiera que sea la norma de derecho interno por lo demás aplicable al contrato de transporte[115].]

CAPÍTULO 8. OBLIGACIONES DEL CARGADOR

Artículo 28. Entrega de las mercancías para su transporte[116]

De no estipularse otra cosa en el contrato de transporte, el cargador deberá hacer entrega de las mercancías listas para su transporte y en un estado que les permita resistir el transporte previsto, así como las operaciones de carga, manipulación, estiba, sujeción o afianzamiento, y descarga, y deberá entregarlas en condiciones que no se presten a causar lesión corporal o daño alguno. En el supuesto de que las mercancías se entreguen en o sobre un contenedor o remolque envasado por el cargador, este deberá estibar, sujetar y afianzar las mercancías, en o sobre ese contenedor o remolque de tal forma que las mercancías resistan el transporte previsto, así como las operaciones de carga, manipulación y descarga del contenedor o el remolque, y deberá entregarlas en condiciones que no se presten a ocasionar lesión corporal o daño alguno[117].

---

[114] Si se suprime el artículo 64 2) deberá suprimirse asimismo este párrafo.

[115] Como se indica en el párrafo 54 de A/CN.9/WG.III/WP.21, este párrafo enuncia una regla de conflicto de leyes que tiene por objeto salvaguardar la aplicabilidad de todo convenio aplicable al transporte terrestre. Además, como se indica en las notas 42 y 231 de A/CN.9/WG.III/WP.32, el proyecto de artículo 27 ha dado lugar a que se pida la inserción en el capítulo 19 de una regla aplicable a los conflictos eventuales concernientes a la aplicabilidad de dos o más convenios internacionales. Se insertó el proyecto de artículo 89 en respuesta a esa petición.

[116] Texto enunciado en el párrafo 14 de A/CN.9/WG.III/WP.39, junto con las notas.

[117] Como se indica en la nota 71 de A/CN.9/WG.III/WP.39, a fin de mejorar la formulación del texto, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la siguiente variante de la segunda oración del proyecto de artículo 28:

> "En el supuesto de que las mercancías se entreguen en el interior o sobre un contenedor o remolque envasado por el cargador, dicha obligación será asimismo aplicable a las operaciones de estiba, sujeción y afianzamiento de las mercancías en el interior o sobre el contenedor o remolque."

Artículo 29. Obligación del porteador de facilitar información e instrucciones[118]

El porteador deberá facilitar [oportunamente][119] al cargador toda información que este solicite, y de la que el porteador tenga conocimiento, así como las instrucciones que sean razonablemente necesarias o que puedan ser de interés para el cargador a fin de que este pueda cumplir con sus obligaciones conforme a lo prescrito en el artículo 28[120]. [La información y las instrucciones que se faciliten deberán ser exactas y completas[121].]

Artículo 30. Obligación del cargador de facilitar información, instrucciones y documentos[122]

El cargador deberá facilitar [oportunamente] al porteador toda la información, las instrucciones y los documentos [exactos y completos][123] que puedan ser razonablemente necesarios para:

a) La manipulación y el transporte de las mercancías, incluidas las precauciones que deba adoptar el porteador o una parte ejecutante, salvo en la medida en que el cargador pueda suponer razonablemente que esa información es ya conocida del porteador[124];

b) El cumplimiento de toda norma legal o reglamentaria, y de toda otra obligación impuesta por las autoridades respecto del transporte previsto, así como para la obtención de toda licencia y la presentación de toda instancia o solicitud concerniente a las mercancías;

c) La compilación de los datos del contrato y la emisión de todo título de transporte o documento electrónico de transporte que se vaya a utilizar, particularmente los datos a que se hace referencia en el artículo 38 1) b) y c); el nombre de la parte designada como cargador en los datos del contrato; el nombre del consignatario, de haber alguno; y el nombre de la persona a cuya orden se haya de emitir el título de transporte o el documento electrónico de transporte, caso de ser emitido, a menos que el cargador pueda razonablemente suponer que esos datos son ya conocidos del porteador.

---

[118] Texto enunciado en el párrafo 15 de A/CN.9/WG.III/WP.39, junto con las notas.

[119] Como se indica en la nota 72 de A/CN.9/WG.III/WP.39, se suprimió el proyecto de artículo 28 de A/CN.9/WG.III/WP.32, sustituyéndose su texto por una mención en el proyecto de artículo 29 de que el cargador deberá facilitar "[oportunamente]" la información y las instrucciones que puedan ser requeridas.

[120] Como se indica en la nota 73 de A/CN.9/WG.III/WP.39, tal vez deba volverse a examinar la variante ofrecida en el párrafo 128 de A/CN.9/552, "salvo que el porteador pueda razonablemente suponer que el cargador ya conoce esos datos".

[121] Como se indica en la nota 74 de A/CN.9/WG.III/WP.39, se ha insertado, para su ulterior examen, la fórmula "[la información y las instrucciones que se faciliten deberán ser exactas y completas]".

[122] Las correcciones se hacen al texto enunciado en el párrafo 16 de A/CN.9/WG.III/WP.39.

[123] Como se indica en la nota 75 de A/CN.9/WG.III/WP.39, se han insertado para su ulterior examen los textos "[oportunamente]" y "[exactos y completos y ...]".

[124] Como se indica en la nota 76 de A/CN.9/WG.III/WP.39, se mantuvo el texto actual para su ulterior estudio, pero se añadió al final del apartado a) el texto "salvo en la medida en que el cargador pueda suponer razonablemente que esa información es ya conocida del porteador".

Artículo 31. Fundamento de la responsabilidad del cargador[125]

1. El cargador será responsable[126] de toda pérdida[127], daño, [demora][128] o lesión corporal causada por las mercancías, y de todo incumplimiento de sus obligaciones con arreglo al artículo 28 y al apartado a) del artículo 30, [salvo] [salvo y en la medida en] [salvo en la medida en] que el cargador demuestre que ninguna falta suya ni de persona alguna a la que se haga referencia en el artículo 35 causó o contribuyó a causar la pérdida, el daño [, la demora] o la lesión corporal.

[Variante A del párrafo 2[129]

2. El cargador será responsable[130] de toda pérdida o daño imputable al incumplimiento de alguna de sus obligaciones con arreglo a lo dispuesto en los apartados b) y c) del artículo 30.]

[Variante B del párrafo 2[131]

2. Se considerará que el cargador garantiza al porteador, al recibir este las mercancías, la oportunidad, exactitud e integridad de la información, de las instrucciones y de los documentos que el cargador está obligado a facilitar con arreglo a lo dispuesto en los apartados b) y c) del artículo 30. El cargador deberá indemnizar al porteador de las pérdidas y de los daños y gastos que sean imputables a todo incumplimiento de sus obligaciones con arreglo a los apartados b) y c) del artículo 30 o que resulten de ese incumplimiento. El derecho del porteador a ser indemnizado no limitará de modo alguno su responsabilidad, con arreglo al contrato de transporte, frente a toda otra persona que no sea el cargador.]

---

[125] Las correcciones se hacen al texto del párrafo 18 de A/CN.9/WG.III/WP.39.

[126] Como se indica en la nota 77 de A/CN.9/WG.III/WP.39, se ha reformulado el artículo 31 1) para reflejar lo dispuesto en lo concerniente a la responsabilidad del porteador en el proyecto de artículo 17 1) de A/CN.9/WG.III/WP.36. Se ha suprimido toda mención de las partes frente a las que el cargador ha de responder en consonancia con lo ya dispuesto en el proyecto de artículo 17 y, conforme se observó en el párrafo 144 de A/CN.9/552, tal vez se haya de reconsiderar más adelante la cuestión de la responsabilidad frente al consignatario y a la parte controladora, conforme al texto original del proyecto de artículo 29 en A/CN.9/WG.III/WP.32.

[127] Conforme al orden sintáctico inglés se hace aquí una reformulación como se hace en la versión española.

[128] Como se indica en la nota 78 de A/CN.9/WG.III/WP.39, se cita aquí la “demora” para reflejar lo dispuesto en el proyecto de artículo 17, pero se ha colocado entre corchetes ya que no se ha examinado expresamente en el contexto del proyecto de artículo 31.

[129] Como se indica en la nota 80 de A/CN.9/WG.III/WP.39, se ha retenido una regla de la responsabilidad estricta o absoluta para el supuesto de que el cargador no haya cumplido con sus obligaciones con arreglo a lo dispuesto en los apartados b) y c) del proyecto de artículo 30.

[130] Véase *supra*, nota 445.

[131] Como se indica en la nota 82 de A/CN.9/WG.III/WP.39, se ha introducido entre corchetes una disposición similar a la enunciada en el artículo III.5 de las Reglas de La Haya. Se ha revisado este texto conforme puede verse indicado a partir de la versión en A/CN.9/WG.III/WP.39.

3. Cuando la pérdida o el daño [o la lesión corporal] sean consecuencia de que tanto el cargador como el porteador han incumplido sus obligaciones respectivas, el cargador y el porteador serán mancomunadamente responsables frente al consignatario y a la parte controladora[132] por tal pérdida o daño [o lesión corporal][133].

[Artículo 32. Falsedad en lo declarado por el cargador[134]

El porteador no será responsable de la demora en la entrega de las mercancías, ni de su pérdida o del daño que les sea ocasionado o concerniente a dichas mercancías, si la índole o el valor de las mercancías fueron erróneamente descritos por su cargador, en algún aspecto importante, ya sea en el contrato de transporte o en algún título de transporte o documento electrónico de transporte[135].]

Artículo 33. Reglas especiales aplicables a las mercancías peligrosas[136]

1. Por "mercancías peligrosas" se entenderá toda mercancía que por su índole o estado constituya, o pueda razonablemente llegar a constituir, un peligro para las personas o los bienes, o un peligro para el medio ambiente que sea inaceptable o contrario a la normativa legal aplicable.

2. El cargador deberá señalar toda mercancía peligrosa con una marca o etiqueta de conformidad con lo estatuido por toda norma legal o reglamentaria o todo otro requisito normativo que sea aplicable durante cualquiera de las etapas del transporte previsto de las mercancías. Todo cargador, que no obre así, será responsable frente al porteador y toda parte ejecutante de toda pérdida, daño o demora y de los gastos directos o indirectos a que dé lugar o que resulten de dicho incumplimiento.

3. El cargador deberá informar oportunamente al porteador de la índole o estado peligroso de las mercancías, antes de que el consignador haga entrega de ellas al porteador o a una parte ejecutante. De no obrar así el cargador y de no enterarse el porteador o alguna parte ejecutante, por algún otro conducto, de su índole o estado peligroso, el cargador será responsable frente al porteador y frente a dicha parte ejecutante de la pérdida, del daño, de la demora y de los gastos directos o indirectos a que dé lugar o que resulten de dicha remesa.

---

[132] Como se indica en la nota 83 de A/CN.9/WG.III/WP.39, tal vez proceda reconsiderar más adelante la cuestión de la responsabilidad frente al consignatario y frente a la parte controladora.

[133] Como se indica en la nota 84 de A/CN.9/WG.III/WP.39, se retuvo para su ulterior examen el párrafo 3 de la variante B del proyecto de artículo 31 (A/CN.9/WG.III/WP.32). El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si esta disposición relativa a las causas concurrentes debe reflejar también lo dispuesto en el párrafo correspondiente del proyecto de artículo 17.

[134] Las correcciones se hacen al texto enunciado en párrafo 20 de A/CN.9/WG.III/WP.39.

[135] Como se indica en la nota 90 de A/CN.9/WG.III/WP.39, se ha colocado entre corchetes el proyecto de artículo 32 y se examinarán en un futuro período de sesiones las cuestiones del nexo de causalidad entre la declaración y la eventual demora, así como la indemnización de los daños imputables a la demora. Cabría, además, colocar al proyecto de artículo 32 en el capítulo 6 concerniente a la responsabilidad del porteador.

[136] Este texto refleja mejor las deliberaciones del Grupo de Trabajo en su solicitud en los párrafos 146 a 148 de A/CN.9/552 y sustituye al texto propuesto en el párrafo 19 de A/CN.9/WG.III/WP.39.

Artículo 34. Asunción de los derechos y obligaciones del cargador[137]

Si una persona designada en los datos del contrato como "cargador", pese a no serlo en el sentido de la definición dada en el apartado h) del artículo 1, [acepta] [recibe] [pasa a ser el tenedor del] [el] título de transporte o [el] [del] documento electrónico de transporte, dicha persona a) quedará sujeta [a las responsabilidades y obligaciones] que incumben al cargador con arreglo a lo dispuesto en el presente capítulo y en el artículo 59, y b) gozará de los derechos y de las exoneraciones que el presente capítulo y el capítulo 14 reconocen al cargador.

Artículo 35. Responsabilidad subsidiaria del cargador[138]

El cargador será responsable de los actos y omisiones de cualquier persona en la que haya delegado el cumplimiento de alguna de sus obligaciones enunciadas en el presente capítulo, lo que incluye a todo subcontratista, empleado o agente y a cualquier otra persona [salvo el porteador o las partes ejecutantes] que actúe, directa o indirectamente, a instancia suya o bajo su supervisión o control, como si esos actos u omisiones fueran suyos. Con arreglo al presente artículo, la responsabilidad solo recaerá en el cargador cuando dicha persona haya cometido el acto o la omisión de que se trate en el ejercicio de alguna función que tenga asignada en su condición de subcontratista, empleado o agente del cargador[139].

[Artículo 36. Extinción de la responsabilidad del cargador[140]

Si el contrato de transporte estipula que la responsabilidad del cargador o de toda otra persona designada en los datos del contrato como cargador se extinguirá, total o parcialmente, de producirse un determinado hecho o a partir de determinado momento, tal extinción no será válida:

a) Por lo que se refiere a cualquier responsabilidad que el presente capítulo imponga al cargador o a alguna persona a la que se haga referencia en el artículo 34; o

---

[137] Las correcciones se hacen a un texto enunciado en párrafo 21 de A/CN.9/WG.III/WP.39. Como se indica en la nota 91 de A/CN.9/WG.III/WP.39, debería examinarse más en detalle el alcance de esta disposición, así como si procede que sea una regla meramente supletoria para el supuesto de que no se conozca la identidad del cargador contractual.

[138] Las correcciones se hacen al texto enunciado en párrafo 22 de A/CN.9/WG.III/WP.39. Los cambios tienen por objeto alinear este artículo con el artículo 19 concerniente a la responsabilidad subsidiaria del porteador.

[139] Como se indica en la nota 94 de A/CN.9/WG.III/WP.39 se mantuvo el texto actual para su ulterior examen, y convendría considerar en un futuro período de sesiones lo relativo a la interacción entre lo dispuesto en este artículo y lo dispuesto en los proyectos de artículo 14 2) y 32.

[140] Anteriormente artículo 43 2) de A/CN.9/WG.III/WP.32 reubicado aquí al haberse suprimido el capítulo 9 relativo al flete.

b) Por lo que se refiere a toda suma pagadera al porteador con arreglo al contrato de transporte, salvo en la medida en que el porteador disponga de una garantía adecuada[141] para el cobro de dichas sumas;

c) En la medida en que dicha extinción sea contraria a lo dispuesto en el artículo 63[142].]

CAPÍTULO 9. TÍTULOS DE TRANSPORTE Y DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS DE TRANSPORTE[143]

Artículo 37. Emisión de un título de transporte o de un documento electrónico de transporte

Al hacer entrega de las mercancías a un porteador o una parte ejecutante:

a) El consignador tendrá derecho a obtener un título de transporte o, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 5 a), un documento electrónico de transporte que deje constancia de que el porteador o una parte ejecutante ha recibido las mercancías; y

b) El cargador o, si el cargador informa de ello al porteador, la persona a la que se hace referencia en el artículo 34, tendrá derecho a obtener del porteador un título de transporte negociable o, con arreglo a lo dispuesto en el apartado a) del artículo 5, un documento electrónico de transporte negociable, apropiado salvo que el cargador y el porteador hayan convenido, explícita o implícitamente, en que no se utilice ni título de transporte ni documento electrónico de transporte negociable alguno, o salvo que utilizar dicho título o documento sea contrario a la costumbre, los usos o la práctica comercial del ramo[144].

---

[141] Dada la supresión del anterior proyecto de artículo 45 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se ha suprimido del texto del proyecto de artículo el miembro de la frase "conforme al artículo 45 ..." como respuesta a dicha supresión.

[142] Como se indica en la nota 535, *infra*, se suprimió el anterior proyecto de artículo 62 de A/CN.9/WG.III/WP.32 a favor del proyecto de artículo 61 *bis* que se ha renumerado como artículo 63.

[143] Con la salvedad de la renumeración señalada y de ciertos epígrafes propuestos para los artículos y mejoras de estilo, así como de ciertos ajustes efectuados a raíz de los criterios concernientes al comercio electrónico aprobados por el Grupo de Trabajo en párrafo 200 de A/CN.9/576 (para la revisión del artículo 37) y en los párrafos 207, 209 y 210 de A/CN.9/576 (para la revisión del artículo 39), este capítulo sigue básicamente el texto enunciado en A/CN.9/WG.III/WP.32.

[144] Como se indica en la nota 127 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se reconoció en lo concerniente al apartado a), que dado que, conforme a la definición del proyecto de artículo 1 n), no todo documento de transporte ha de cumplir la función de dejar constancia de la recepción de las mercancías por el porteador, era importante que, con arreglo al apartado a), el documento de transporte debería cumplir esa función de recibo.

Artículo 38. Datos del contrato

1. Los datos del contrato consignados en el título de transporte o en el documento electrónico de transporte al que se hace referencia en el artículo 37 deberán incluir:

a) Una descripción de las mercancías;

b) Las marcas principales requeridas para identificar las mercancías, conforme sean entregadas por el cargador, previo a la recepción de las mercancías por el porteador o por una parte ejecutante;

c) i) El número de bultos o de unidades, o la cantidad, conforme a lo que sea entregado por el cargador, previo a la recepción de las mercancías por el porteador o por una parte ejecutante, y

ii) El peso, conforme a lo que sea entregado por el cargador, previo a la recepción de las mercancías por el porteador o una parte ejecutante[145];

d) Una declaración acerca del buen estado y de las buenas condiciones aparentes de las mercancías en el momento en que el porteador o una parte ejecutante las reciba para transportarlas;

e) El nombre y la dirección del porteador; y

f) La fecha

i) en la que el porteador o una parte ejecutante recibieron las mercancías, o

ii) en la que las mercancías fueron cargadas a bordo del buque, o

iii) en la que se haya emitido el título de transporte o el documento electrónico de transporte[146].

2. La indicación en el párrafo 1 concerniente "al buen estado y las buenas condiciones aparentes" de las mercancías, se entenderá referida al estado y las condiciones de las mercancías conforme se haya comprobado a raíz de:

a) Una inspección externa razonable de las mercancías según estén embaladas en el momento en que el cargador las entregue al porteador o a una parte ejecutante, y

---

[145] Como se indica en la nota 129 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se expresó la inquietud en el párrafo 28 de A/CN.9/526 de que cabría interpretar esta frase en un sentido que impondría una carga excesiva sobre el cargador, a lo que se respondió que esta regla no tenía por objeto imponer responsabilidad alguna al cargador. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la conveniencia de sustituir la frase "conforme sean entregadas por el cargador" por "caso de ser entregadas por el cargador".

[146] Como se indica en la nota 130 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se sugirió que el Grupo de Trabajo estudiara la posibilidad de reformular el párrafo 1 incluyendo el nombre y la dirección del consignatario entre los datos del contrato que deberán consignarse en el título de transporte. Véanse también los cambios sugeridos al proyecto de artículo 48, *infra*. El Grupo de Trabajo tal vez desee determinar si el nombre y la dirección del consignatario deben figurar en una lista de datos imperativos, y como se sancionará todo incumplimiento de la obligación de facilitar datos imperativos. La sanción podrá variar según que el título o documento de transporte emitido sea o no negociable.

b) Cualquier inspección adicional que el porteador o una parte ejecutante realice de hecho antes de emitir el título de transporte o el documento electrónico de transporte.

Artículo 39. Firma[147]

1. Todo título de transporte deberá estar firmado por el porteador o por una persona que actúe con poder del porteador.

2. Todo documento electrónico de transporte deberá llevar la firma electrónica del porteador o de una persona que actúe con poder del porteador. Dicha firma electrónica deberá identificar al signatario en su relación con el documento electrónico de transporte y deberá indicar que el porteador autoriza el documento electrónico de transporte[148].

Artículo 40. Deficiencias en los datos del contrato

1. La ausencia de uno o más de los datos del contrato a los que se hace referencia en el artículo 38 1), o la inexactitud de uno o más de dichos datos, no afecta de por sí a la naturaleza o validez jurídica del título de transporte o del documento electrónico de transporte.

2. Si los datos del contrato incluyen la fecha, pero no indican debidamente su significado se considerará que la fecha es:

a) Cuando los datos del contrato indiquen que las mercancías han sido cargadas a bordo de un buque, la fecha en que todas las mercancías indicadas en el título de transporte o en el documento electrónico de transporte quedaron cargadas a bordo del buque; o

b) Cuando los datos del contrato no indiquen que las mercancías se cargaron a bordo de un buque, la fecha en que el porteador o una parte ejecutante recibieron las mercancías.

---

[147] Si bien el Grupo de Trabajo revisó este proyecto de artículo durante su examen de los aspectos concernientes al comercio electrónico del proyecto de convenio, el texto original enunciado en A/CN.9/WG.III/WP.32 llevaba la siguiente nota 132: El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si debiera definirse el concepto de firma como se hace, por ejemplo, en el artículo 14 3) de las Reglas de Hamburgo, particularmente a la luz de la práctica comercial moderna.

[148] A raíz del examen de las disposiciones relativas al comercio electrónico del proyecto de convenio el Grupo de Trabajo aprobó, en su 15º período de sesiones, estos cambios (párrafos 205 y 207 de A/CN.9/576) para su ulterior estudio. La Ley Modelo de las Naciones Unidas sobre Firmas Electrónicas de 2001 define la firma electrónica como, "los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, que puedan ser utilizados para identificar al firmante en relación con el mensaje de datos e indicar que el firmante aprueba la información recogida en el mensaje de datos". Dado que este término aparece una sola vez en el proyecto de convenio, se sugiere que no es necesario definirlo. La disposición retiene, no obstante, la referencia a las funciones esenciales de la firma electrónica (es decir, identificar al firmante e indicar que aprueba el documento). La única referencia radica en que el proyecto de convenio utiliza el término "autorizar" en vez de "aprobar".

[3. Si los datos del contrato no identifican al porteador, pero indican que las mercancías han sido cargadas a bordo de un buque designado, se presumirá que el propietario inscrito del buque es el porteador. El propietario inscrito podrá rebatir esa presunción si prueba que el buque se hallaba bajo contrato con un fletador sin tripulación en el momento del transporte, lo que transfiere la responsabilidad contractual del transporte de las mercancías a un fletador identificado como fletador sin tripulación. [Si el propietario inscrito rebate la presunción de que él es el porteador con arreglo al presente artículo, se presumirá que el fletador sin tripulación en el momento del transporte es el porteador, al igual que se presumió que el propietario inscrito era el porteador[149].]]

4. Si los datos del contrato no indican que las mercancías estaban en buen estado y en buenas condiciones aparentes en el momento en que el porteador o una parte ejecutante las recibió del consignador, el título de transporte o el documento electrónico de transporte podrá constituir, según corresponda, o bien prueba rebatible o bien prueba concluyente con arreglo al artículo 43, según sea el caso, de que las mercancías estaban en buen estado y en buenas condiciones aparentes en el momento en que el consignador las entregó al porteador o a una parte ejecutante.

Artículo 41. Reservas concernientes a la descripción de las mercancías en los datos del contrato

El porteador, si obra de buena fe cuando emite un título de transporte o un documento electrónico de transporte, podrá formular reservas a la información a la que se hace referencia en el artículo 38 1) a), 38 1) b) o 38 1) c) en los supuestos y de la manera en que se describen a continuación para indicar que el porteador no responde de la exactitud de la información facilitada por el cargador:

a) En el caso de mercancías no transportadas en contenedores

i) si el porteador puede demostrar que carecía de medios razonables para verificar la información facilitada por el cargador, podrá hacerlo constar en los datos del contrato, indicando la información a que se refiera, o

ii) si el porteador tiene buenas razones para estimar que la información facilitada por el cargador es inexacta, podrá incluir una cláusula indicando lo que razonablemente entiende por información exacta.

---

[149] Como se indica en la nota 137 de A/CN.9/WG.III/WP.32, prevaleció el parecer en el Grupo de Trabajo de que el párrafo 3 planteaba un problema grave que debería tratarse en el proyecto de convenio, pero que la cuestión requería un estudio más detenido de otros medios aptos para resolver el problema, y el enunciado actual de la disposición aún no era satisfactorio. El Grupo de Trabajo decidió mantener el párrafo 3 entre corchetes en el proyecto de convenio, y examinarlo con mayor detenimiento en una fecha ulterior.

b) En el caso de mercancías entregadas al porteador o a una parte ejecutante en un contenedor cerrado, a menos[150] que el porteador o una parte ejecutante inspeccione efectivamente las mercancías que se encuentren en el interior del contenedor o adquiera de alguna otra forma un conocimiento efectivo del contenido del contenedor antes de emitir el título de transporte o el documento electrónico de transporte, a condición, no obstante, de que en dicho supuesto le sea posible hacerlo si estima razonablemente que la información facilitada por el cargador respecto del contenido del contenedor es inexacta[151], el porteador podrá incluir en los datos del contrato una cláusula de reserva relativa:

i) a las marcas de identificación concernientes a las mercancías que se encuentren dentro del contenedor, o

ii) al número de bultos, al número de piezas o a la cantidad de mercancías que se encuentren dentro del contenedor.

c) En el caso de mercancías que se entreguen al porteador o a una parte ejecutante en el interior de un contenedor cerrado, el porteador podrá formular reservas respecto de toda declaración del peso de las mercancías o, declarando explícitamente que él no ha pesado ese contenedor, si

i) el portador puede demostrar que ni él ni una parte ejecutante han pesado el contenedor, y si el cargador y el porteador no estipula con anterioridad al transporte que el contenedor debía pesarse y que debía consignarse el peso en los datos del contrato, o

---

[150] Como se indica en la nota 140 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se ha trasladado al comienzo del apartado el texto "a menos que el porteador o una parte ejecutante inspeccione efectivamente las mercancías colocadas dentro del contenedor u obtenga de otra forma un conocimiento efectivo del contenido del contenedor antes de que se emita el título de transporte, siempre y cuando, en tal caso, el porteador puede incorporar la cláusula a los datos del contrato si considera razonablemente que la información facilitada por el cargador sobre el contenido del contenedor es inexacta" que se encontraba previamente al final de ese apartado, a fin de que sea claramente aplicable a la totalidad del texto del apartado.

[151] Como se indica en nota 141 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se sugirió asimismo incluir en el apartado b) un texto similar al del inciso ii) del apartado a) para regular el caso en que el porteador considere razonablemente que la información facilitada por el cargador respecto del contenido del contenedor es inexacta. El Grupo de Trabajo tal vez desee también tomar nota de la sugerencias formuladas en el párrafo 37 del documento A/CN.9/526 en el sentido de que se exija a todo porteador que formule alguna reserva respecto de la información consignada en el título de transporte que motive dicha reserva, y que el proyecto de convenio regule el supuesto de que el porteador consienta en no formular reserva alguna respecto de la descripción de las mercancías, con miras, por ejemplo, a no dificultar la emisión de un crédito documentario, pero obtuviera una garantía del cargador. Otra sugerencia fue que, cuando el porteador, obrando de mala fe, hubiera consentido en no formular reservas acerca de la información consignada en los datos del contrato, se sancionara su conducta y dicho porteador se viera privado de la posibilidad de invocar toda limitación de su responsabilidad.

ii) si el porteador puede demostrar que no ha habido ninguna posibilidadrazonable de comprobar el peso del contenedor[152].

Artículo 42. Medios razonables de verificar y la actuación de buena fe

A los efectos del artículo 41:

a) Un "medio de verificación razonable" deberá ser no solo materialmente practicable sino también comercialmente razonable;

b) El porteador obrará de "buena fe" al emitir un título de transporte o un documento electrónico de transporte, si

i) el porteador ignora de hecho que alguna declaración esencial del título de transporte o del documento electrónico de transporte es falsa o induce a error, y

ii) el porteador no se ha abstenido intencionalmente de verificar si una declaración esencial consignada en el título del transporte o en el documento electrónico de transporte es falsa o induce a error por estimar que es probable que esa declaración sea falsa o engañosa.

c) Toda parte que alegue que el porteador no obró de buena fe al emitir un título de transporte o un documento electrónico de transporte deberá probar dicho alegato.

Artículo 43. Prueba rebatible y prueba concluyente

De no disponer otra cosa el artículo 44, todo título de transporte o todo documento electrónico de transporte que deje constancia de la recepción de las mercancías constituye:

a) Prueba rebatible de que el porteador ha recibido las mercancías conforme están descritas en los datos del contrato; y

b) Prueba concluyente de que el porteador ha recibido las mercancías conforme están descritas en los datos del contrato:

[i)] si se ha transferido un título de transporte o un documento electrónico negociable de transporte a un tercero que obraba de buena fe [o

ii) Variante A del apartado b) ii)[153]

si una persona, que obrara de buena fe, ha abonado algún precio o modificado de alguna otra manera su situación fiándose de la descripción que se da en los datos del contrato de las mercancías.]

---

[152] Como se indica en la nota 129 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se sugirió que se añadiera algún texto que regulara adecuadamente el caso de que no se dispusiera de una oportunidad comercialmente razonable de pesar el contenedor. Ahora bien, se estimó que la palabra "comercialmente" era innecesaria a la luz de la definición del artículo 42 a), por lo que se suprimió.

[153] La variante A del apartado b) ii) está basada en el texto original del proyecto de convenio en A/CN.9/WG.III/WP.21.

ii) Variante B del apartado b) ii)

si no se ha emitido ningún título de transporte negociable o ningún documento electrónico de transporte negociable y el consignatario ha comprado y pagado las mercancías confiando en la descripción de dichas mercancías en los datos del contrato[154].]

Artículo 44. Fuerza probatoria de una cláusula de reserva

Si en los datos del contrato figura una reserva incorporada conforme a lo prescrito en el artículo 41 el título de transporte o el documento electrónico de transporte no constituirá ni prueba rebatible ni prueba concluyente, con arreglo al artículo 43, en la medida en que la descripción de las mercancías esté condicionada por dicha reserva[155].

---

[154] Como se indica en la nota 145 de A/CN.9/WG.III/WP.32, prevaleció en el Grupo de Trabajo el parecer de que se retuviera entre corchetes el apartado b) ii) y que se pidiera a la Secretaría que lo modificara según procediera a la luz de las opiniones expresadas y de las sugerencias efectuadas en los párrafos 45 a 47 de A/CN.9/526. Se propuso la variante B en A/CN.9/WG.III/WP.32 en respuesta a la inquietud de que la variante A introdujera una práctica novedosa y desconocida en el derecho europeo en lo concerniente a los documentos no negociables.

[155] Como se indica en la nota 146 de A/CN.9/WG.III/WP.32, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la variante del proyecto de artículo 44 sugerida en los párrafos 153 y 154 de A/CN.9/WG.III/WP.21:

"Si en los datos del contrato figura una reserva el título de transporte no constituirá ni una prueba rebatible ni una prueba concluyente con arreglo al artículo 43, en la medida en que la descripción de las mercancías esté condicionada por la reserva, siempre que esa reserva "surta efecto" con arreglo al párrafo 2".

Sería entonces necesario añadir una nueva disposición tal vez numerada párrafo 2 que disponga:

"Toda reserva incorporada a los datos del contrato surtirá efecto, conforme a lo previsto en el párrafo 1 en los siguientes supuestos:

a) Para las mercancías que no se transporten en contenedores, surtirá efecto, con arreglo a sus propios términos, toda reserva que cumpla lo prescrito en el artículo 41;

b) Para las mercancías que se transporten en un contenedor cerrado, surtirá efecto, con arreglo a sus propios términos, toda reserva que cumpla con lo prescrito en el artículo 41:

i) Si el porteador o una parte ejecutante hace entrega del contenedor intacto y sin daños, o con algún daño en el contenedor que no haya causado pérdida o daño en las mercancías; y

ii) Si no existe prueba alguna de que el porteador o una parte ejecutante que haya recibido el contenedor, haya abierto dicho contenedor con anterioridad a su entrega o, de haberlo abierto, la reserva surtirá efecto en la medida en que:

1) el contenedor fuera abierto para fines de inspección;

2) la inspección se efectuara ante testigos adecuados, y

3) el contenedor fuera debidamente cerrado a raíz de su inspección, y fuera nuevamente sellado, si se hallaba sellado antes de la inspección."

[Artículo 45. "Flete pagado de antemano"[156]

Si los datos del contrato que figuren en un título de transporte negociable o en un documento electrónico negociable de transporte contienen la indicación "flete pagado de antemano" o una indicación análoga, ni el tenedor ni el consignatario serán responsables del pago del flete. El presente artículo no será aplicable si el tenedor o el consignatario es también el cargador.]

CAPÍTULO 10. ENTREGA AL CONSIGNATARIO[157]

Artículo 46. Obligación de aceptar la entrega

Cuando las mercancías hayan llegado a su punto de destino, el consignatario [que ejercite cualquiera de sus derechos con arreglo al contrato de transporte][158] deberá aceptar la entrega de las mercancías en el momento y lugar a que se hace referencia en el artículo 11 4). [Si el consignatario, infringiendo esta obligación, deja las mercancías bajo la custodia del porteador o de la parte ejecutante, el porteador o la parte ejecutante actuarán respecto de las mercancías en calidad de agentes del consignatario, pero sin responsabilidad alguna por la pérdida o daño de esas mercancías, salvo que dicha pérdida o daño resulte de algún acto u omisión personal del porteador [o de la parte ejecutante][159] efectuado con la intención de causar dicha pérdida o dicho daño, o con negligencia temeraria y a sabiendas de que era probable que de ello resultara dicha pérdida o daño][160].

Artículo 47. Obligación de acusar recibo

De solicitarlo el porteador o la parte ejecutante que haga entrega de las mercancías, el consignatario deberá acusar recibo[161] de las mercancías entregadas por el porteador o por la parte ejecutante en la forma que sea habitual en el lugar de destino.

---

[156] Antiguo artículo 44 1) de A/CN.9/WG.III/WP.32 retenido conforme a lo acordado en forma de proyecto de artículo 45 (véanse los párrafos 162 a 164 de A/CN.9/552).

[157] El texto original de este capítulo ha sido tomado de A/CN.9/WG.III/WP.32 con ciertas mejoras de redacción que irán subrayadas y ciertas supresiones que irán tachadas.

[158] Como se indica en la nota 160 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se expresó preferencia por no supeditar la obligación de aceptar la entrega al ejercicio de algún derecho por el consignatario, sino hacer que dicha obligación sea incondicional.

[159] Como se indica en la nota 161 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se sugirió que el interés en que toda parte ejecutante sea responsable de todo acto u omisión que le sea imputable en su calidad de porteador, con arreglo a la segunda oración del proyecto de artículo 46 quedaría más claramente expresado si se añadiera el texto "o de la parte ejecutante" a continuación del texto "acto u omisión personal del porteador".

[160] Como se indica en la nota 162 de A/CN.9/WG.III/WP.32 se sugirió que cabría fusionar el proyecto de artículo 46 y los proyectos de artículo 51, 52 y 53, o que cabría suprimir la segunda oración del proyecto de artículo 46 a fin de reducir la confusión a que daría lugar la aplicación combinada del proyecto de artículo 46 y de los proyectos de artículo 51, 52 y 53; y que cabría enunciar por separado las reglas de los proyectos de artículo 51, 52 y 53. Se ha optado por la segunda de estas variantes, y se ha colocado entre corchetes la última oración.

[161] Se pensó que sería preferible sustituir la expresión "confirmar la entrega" por "acusar recibo", dado que el consignatario podía confirmar mejor su propio acto que el cumplimiento por el porteador de su obligación.

Artículo 48. Entrega en caso de no haberse emitido ni título de transporte negociable ni documento electrónico de transporte negociable

De no haberse emitido ni título de transporte negociable ni documento electrónico de transporte negociable, será aplicable lo dispuesto en los apartados siguientes:

a) Caso de que no figure entre los datos del contrato, el nombre y la dirección del consignatario, la parte controladora deberá comunicar al porteador dichos datos antes de que las mercancías lleguen a su lugar de destino o a la llegada de las mismas a dicho lugar[162];

b) Variante A del apartado b)[163]

El porteador deberá hacer entrega al consignatario de las mercancías en el momento y el lugar mencionados en el artículo 11 4) al serle presentado por el consignatario algún medio de identificación adecuado[164];

Variante B del apartado b)

El porteador deberá hacer entrega al consignatario de las mercancías en el momento y lugar mencionados en el artículo 11 4). El consignatario deberá presentar algún medio de identificación adecuado como requisito previo para poder reclamar la entrega.

Variante C del párrafo b)

El porteador deberá hacer entrega al consignatario de las mercancías en el momento y el lugar mencionados en el artículo 11 4). El porteador podrá denegar la entrega al consignatario si este no presenta algún medio de identificación adecuado.

c) De no reclamar el consignatario al porteador la entrega de las mercancías, tras su llegada al lugar de destino, el porteador deberá informar al respecto a la parte controladora o, caso de no haber podido identificarla tras una gestión razonable a dicho fin, deberá informar al cargador. De haber obrado así, la parte controladora o el cargador deberá darle instrucciones en lo concerniente a la entrega de las mercancías. En el supuesto de que, tras una gestión razonable al respecto, el porteador no haya conseguido identificar y encontrar ni a la parte controladora ni al cargador, para los fines del presente apartado se considerará a la persona a la que se hace referencia en el artículo 34 como cargador de las mercancías. El porteador que haga la entrega de las mercancías a instancia de la

---

[162] Como se indica en la nota 164 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se ha incorporado al texto la sugerencia que se cita en el párrafo 75 del documento A/CN.9/526, relativa a la identidad del consignatario. Véase también la nota correspondiente al proyecto de artículo 38 1) f), *supra*.

[163] Como se indica en la nota 165 de A/CN.9/WG.III/WP.32, la variante A del apartado b) está basada en el texto original del proyecto de convenio que figura en A/CN.9/WG.III/WP.21.

[164] Como se indica en la nota 166 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se sugirió en el párrafo 76 de A/CN.9/526 reformular el apartado b) enunciando el derecho del porteador a denegar la entrega caso de no serle presentado un medio de identificación adecuado, pero sin transformar dicho derecho del porteador en una obligación suya, lo que se ha procurado reflejar en el texto de la variante B y de la variante C.

parte controladora o del cargador, conforme a lo dispuesto en el presente apartado, quedará liberado de su obligación de hacer entrega de las mercancías con arreglo al contrato de transporte[165].

Artículo 49. La entrega, caso de haberse emitido un título de transporte negociable o un documento electrónico de transporte negociable

De haberse emitido un título de transporte negociable o un documento electrónico de transporte negociable, serán aplicables los siguientes párrafos:

a) i) A reserva lo dispuesto en el artículo 46, el tenedor de un título de transporte negociable tendrá derecho a reclamar al porteador la entrega de las mercancías una vez que hayan llegado a su lugar de destino, en cuyo caso el porteador deberá entregarlas a dicho tenedor en el momento y el lugar mencionados en el artículo 11 4) previa devolución por este del título de transporte negociable. En el supuesto de que se haya emitido más de un original de dicho título, bastará con devolver uno solo, ya que los demás originales dejarán de tener todo efecto o validez.

ii) A reserva de lo dispuesto en el artículo 46, el tenedor de un documento electrónico de transporte negociable tendrá derecho a reclamar al porteador la entrega de las mercancías, en cuyo caso el porteador hará entrega de las mercancías, en el momento y el lugar a los que se hace referencia en el artículo 11 4) a dicho tenedor, si este demuestra, de conformidad con los procedimientos a los que se hace referencia en el artículo 6, ser el tenedor del documento electrónico de transporte. A raíz de dicha entrega, el documento electrónico de transporte dejará de tener todo efecto o validez[166].

b) Si el tenedor no reclama del porteador la entrega de las mercancías, una vez que hayan llegado a su lugar de destino, el porteador deberá informar de ello a la parte controladora o, si no ha conseguido, tras una gestión razonable a dicho fin, identificar o encontrar a la parte controladora, deberá informar al cargador. En dicho caso, la parte controladora o el cargador deberán dar instrucciones al porteador para la entrega de las mercancías. En el supuesto de que, tras una gestión razonable, el porteador no haya conseguido identificar y encontrar ni a la parte controladora ni al cargador, para los fines del presente párrafo se tendrá por cargador a la persona a la que se hace referencia en el artículo 34[167].

---

[165] Como se indica en la nota 167 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se sugirió, al examinarse el proyecto de artículo 49 b) y c), que los principios enunciados en dichos apartados deberían ser igualmente aplicables al supuesto de que no se hubiera emitido título negociable alguno. Se ha insertado a dicho fin una nueva disposición en forma de apartado c).

[166] Como se indica en la nota 168 de A/CN.9/WG.III/WP.32, a reserva de la advertencia formulada en el párrafo 80 de A/CN.9/526 en el sentido de que el Grupo de Trabajo debería ponderar con sumo cuidado los diversos derechos y obligaciones de las partes, y sus consecuencias, a fin de llegar a una solución equilibrada y viable, conforme se observó en el párrafo 81 de A/CN.9/526, el Grupo de Trabajo estimó que el contenido de los apartados a) i) y ii) era en general aceptable.

[167] Como se indica en la nota 169 de A/CN.9/WG.III/WP.32, la sugerencia que se hizo en el párrafo 82 de A/CN.9/526, en el sentido de que el porteador debería estar obligado a aceptar el título de transporte negociable y a notificar a la parte controladora en el supuesto de que el tenedor del título no reclamara la entrega, parece estar ya recogida en el texto del apartado b).

c) [Pese a lo dispuesto en el párrafo d),][168] el porteador que haga entrega de las mercancías a raíz de una orden recibida de la parte controladora o del cargador, de conformidad con lo dispuesto en el apartado b), quedará liberado de su obligación nacida del contrato, de hacer entrega de las mercancías al tenedor[169], con independencia de que le haya sido devuelto el título de transporte negociable o de que la persona que reclame la entrega en virtud de un documento electrónico de transporte negociable consiga demostrar, de conformidad con los procedimientos a que se hace referencia en el artículo 6, que él es el tenedor.

Variante A del apartado d)[170]

d) [A reserva de lo dispuesto en el apartado c),][171] de efectuar el porteador la entrega de las mercancías en el lugar de destino sin que le haya sido devuelto el título de transporte negociable o sin que el tenedor del documento electrónico de transporte haya efectuado la demostración mencionada en el apartado a) ii), toda persona que pase a ser tenedor, una vez que el porteador haya hecho entrega de las mercancías al consignatario o a alguna persona con derecho a dicha entrega en virtud de un arreglo contractual o de otra índole, distinto del contrato de transporte, adquirirá derechos [frente al porteador][172] en el marco del contrato de transporte únicamente si: i) el traspaso del título del transporte negociable o del documento electrónico de transporte negociable se efectuó en virtud de un arreglo constitucional o de otra índole concertado antes de la mencionada entrega de las mercancías; o si ii) salvo que dicha persona, cuando pasó a ser el tenedor, no tuviera ni pudiera haber tenido razonablemente conocimiento de dicha entrega. [El presente

---

[168] Como se indica en la nota 170 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se sugirió que no se veía claro cuál sería el efecto combinado de los apartados c) y d), dado que el tenedor de buena fe gozaría de cierta protección jurídica conforme a esta última disposición, pero sin que estuviera claro cuál sería exactamente su situación jurídica. Debe observarse que ya existe cierto vínculo entre los apartados c) y d) dado que el apartado c) comienza con el texto "pese a lo dispuesto en el apartado d)". Existen otras posibilidades como la de abrir el apartado d) con las palabras "A reserva de lo dispuesto" o la de insertar al final de dicho apartado una nueva oración que diga "Lo dispuesto en el apartado d) no será aplicable si el porteador entrega las mercancías de conformidad con lo dispuesto en el párrafo c)". Se han colocado las diversas variantes provisionalmente entre corchetes.

[169] Se sugiere que se supriman los corchetes de las palabras "al tenedor", que ya figuraban en el texto original del documento A/CN.9/WG.III/WP.21, y que, para aclarar el texto, se mantengan dichas palabras en el apartado.

[170] La variante A es el texto que figura en A/CN.9/WG.III/WP.32, con las revisiones que se indican.

[171] Véase la nota 490, *supra*.

[172] Como se indica en la nota 172 de A/CN.9/WG.III/WP.32, la primera objeción expresada en el párrafo 88 de A/CN.9/526 es la de que deberían precisarse mejor los derechos del tenedor en cuyo poder obrara un título de transporte negociable tras la entrega de las mercancías. Se pensó que la solución tal vez estuviera en indicar en el apartado d) que dicho tenedor adquiriría derechos frente al porteador, por lo que se insertó el texto que figura entre corchetes. Cabría también añadir que esos derechos nacen del incumplimiento por el porteador de su obligación con arreglo al proyecto de artículo 13, aun cuando ello tal vez no sea aconsejable. Cabe señalar también la nueva formulación, de alcance muy superior, que se sugiere, para el proyecto de artículo 61, *infra*. La segunda objeción expresada en el párrafo 88 de A/CN.9/526, de que la frase "no tuviera ni pudiera haber tenido razonablemente conocimiento de dicha entrega" creaba incertidumbre, no ha sido expresamente abordada.

párrafo no será aplicable si el porteador efectuó la entrega de las mercancías con arreglo a lo dispuesto en el apartado c)[173].]

Variante B del apartado d), que fusiona d) y e)[174]

d) De entregarse las mercancías con arreglo al apartado c), toda persona que pase a ser tenedor una vez que el porteador haya hecho entrega de las mercancías al consignatario o a alguna persona con derecho a dicha entrega en virtud de un arreglo contractual o de otra índole, distinto del contrato de transporte, adquirirá derechos nacidos del contrato de transporte, frente al porteador, salvo el derecho a la entrega de las mercancías, pero únicamente cuando el traspaso del título del transporte negociable o del documento electrónico de transporte negociable se haya efectuado a raíz de un acuerdo conceptual o de otra índole concertado con anterioridad a la entrega de las mercancías.

e) No obstante lo dispuesto en los apartados c) y d), todo tenedor que no haya tenido o que no pueda haber tenido conocimiento de dicha entrega en el momento en que pasó a ser tenedor, adquirirá todo derecho incorporado al título de transporte negociable o al documento electrónico de transporte negociable.

Artículo 50. Incumplimiento de la obligación de dar las instrucciones debidas[175]

De no haber dado la parte controladora o el cargador las instrucciones debidas al porteador con arreglo a los artículos 48 y 49 o de no ser posible encontrar ni a la parte controladora ni al cargador[176], el porteador, sin perjuicio de ningún otro recurso de que disponga frente a la parte controladora o al cargador, podrá ejercitar sus derechos conforme a lo previsto en los artículos 51, 52 y 53.

---

[173] Véase la nota 490 *supra*.

[174] Se propone la variante B como formulación mejorada de los principios enunciados en la variante A.

[175] Se sugirió que quedaría más claro el texto si se colocaba el apartado e) del artículo 49 se disociara de dicho artículo y pasara a ser el proyecto de artículo 50.

[176] Como se indica en la nota 174 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se ha insertado este texto a raíz de la sugerencia formulada en el párrafo 89 de A/CN.9/526 de que se alineara el texto del apartado e) con el del apartado b) mediante la inserción de esta frase. Se ha hecho algún ajuste adicional y se han eliminado los corchetes, a fin de que el texto quede más claro.

Artículo 51. Imposibilidad de efectuar la entrega

1. El porteador podrá ejercitar los derechos y recursos a que se hace referencia en el párrafo 2 por cuenta y riesgo[177] de la persona que tenga derecho a que se le haga entrega de las mercancías, si las mercancías han llegado al lugar de destino y:

a) Si el consignatario no aceptó efectivamente la entrega de las mercancías con arreglo a lo previsto en el presente capítulo en el momento y en el lugar a que se hace referencia en el artículo 11 4) [y si no se ha concluido ningún contrato explícito o implícito entre el porteador o la parte ejecutante y el consignatario en lo concerniente a la custodia de las mercancías][178]; o

b) Si el porteador no está autorizado, conforme a la normativa legal o reglamentaria aplicable, a hacer entrega al consignatario de las mercancías.

2. Los derechos y recursos a que se hace referencia en el párrafo 1, son:

a) almacenar las mercancías en algún lugar adecuado;

b) desembalar las mercancías si se encuentran en contenedores, o tomar toda otra medida que, en opinión del porteador, venga razonablemente impuesta por las circunstancias; o

c) hacer que las mercancías se vendan de conformidad con las prácticas, o las prescripciones legales o reglamentarias, del lugar donde las mercancías se encuentren en dicho momento.

3. De venderse las mercancías con arreglo a lo previsto en el párrafo 2 c), el porteador deberá conservar el producto de la venta en provecho de la persona que tenga derecho a la entrega de las mercancías, a reserva de toda deducción por concepto de cualquier gasto en el que se haya incurrido respecto de las mercancías y de toda otra suma que le sea debida al porteador.

---

[177] Como se indica en la nota 176 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se expresó el temor de que el ejercicio por el porteador de sus derechos con arreglo al proyecto de artículo 51 pudiera resultar en gastos que se sumaran a los ya ocasionados por concepto de pérdidas y daños, y de que el valor de las mercancías pudiera no bastar, en algunos casos, para sufragar dichos gastos. A fin de paliar dicho temor se han insertado en el párrafo 1 las palabras “por cuenta y riesgo”.

[178] Como se indica en la nota 175 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se expresó inquietud respecto de la frase “no se ha concluido ningún contrato explícito o implícito contra el porteador o la parte ejecutante y el consignatario que suceda al contrato de transporte” por considerar que su texto resultaba confuso, ya que podría referirse al contrato de almacenamiento de las mercancías, si era el que sucedía “al contrato del transporte”, y se dijo que el concepto de “explícito o implícito” era difícil de entender, razón por la cual la frase formulada sigue estando entre corchetes para su eventual supresión.

Artículo 52. Notificación de llegada a su lugar de destino

El porteador podrá hacer uso del derecho mencionado en el artículo 51 únicamente tras haber notificado, con antelación razonable[179], de la llegada de las mercancías a su lugar de destino, a la persona indicada en los datos del contrato, de haberse indicado alguna, como persona a la que se haya de notificar dicha llegada, o al consignatario, o si no a la parte controladora o al cargador.

Artículo 53. Responsabilidad del porteador por mercancías que no haya podido entregar

Al ejercer alguno de sus derechos mencionados en el artículo 51 2), el porteador o una parte ejecutante será responsable[180] por la pérdida o el daño sufrido por las mercancías, solamente si dicha pérdida o dicho daño se deben [a un acto u omisión del porteador o de la parte ejecutante que se haya cometido con intención de causar dicha pérdida o dicho daño o con negligencia temeraria y a sabiendas de que se ocasionaría probablemente dicha pérdida o dicho daño][181].

CAPÍTULO 11. DERECHO DE CONTROL[182]

Artículo 54. Definición del derecho de control

[Por derecho de control sobre las mercancías se entenderá] [El derecho de contrato] [supone] el derecho de dar instrucciones al porteador, con arreglo al contrato de transporte, respecto de las mercancías durante el período de su responsabilidad conforme a lo indicado en el artículo 11 1)[183].] Dicho derecho comprende ciertos derechos, que son únicamente:

a) El derecho a dar o a modificar instrucciones concernientes a las mercancías en tanto que ello no constituya una alteración del contrato de transporte][184];

---

[179] Como se indica en la nota 177 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se cuestionó que bastara con dar aviso y que el porteador no tuviera que esperar la respuesta o reacción de la persona notificada antes de ejercitar sus derechos. Se han insertado las palabras “con razonable antelación” a continuación de “notificado”, en el proyecto de artículo 52, a fin de paliar esa objeción.

[180] Como se indica en la nota 178 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se expresó inquietud, en el párrafo 94 de A/CN.9/526, por la posibilidad de que se pudiera interpretar el proyecto de artículo 53 en el sentido de que pudiera dar lugar a alguna responsabilidad de la parte ejecutante. La supresión de las palabras “actos de un agente del titular de las mercancías pero sin ninguna responsabilidad” y la adición de las palabras “será responsable solamente” tienen por objeto paliar dicha inquietud.

[181] Como se indica en la nota 179 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se sugirió insertar el texto “o de la parte ejecutante” a continuación de las palabras “acto u omisión personal del porteador”, y que se suprimiera el término “personal”. Ambas sugerencias se han hecho constar en el texto.

[182] El texto original de este capítulo ha sido tomado de A/CN.9/WG.III/WP.32, con mejoras de redacción, posibles variantes y correcciones sugeridas que irán tachadas o subrayadas según que se vayan a suprimir o a introducir.

[183] Como se indica en la nota 181 de A/CN.9/WG.III/WP.32, el Grupo de Trabajo tal vez desee si procede modificar en cierta medida esta oración y trasladarla a la definición de “derecho de control” en el proyecto de artículo 1 l).

[184] Como se indica en la nota 182 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se expresó la inquietud en el párrafo 102 de A/CN.9/526 de que el texto “dar o modificar las instrucciones en tanto que ello no constituya una alteración del contrato” podía entenderse como contradictorio. Se respondió

b) El derecho a reclamar la entrega de las mercancías [antes de su llegada al lugar de destino] [en un puerto intermedio o algún lugar de la ruta][185]; y

c) El derecho a sustituir al consignatario por alguna otra persona o incluso por una parte controladora[186].

[Artículo 55. Modificaciones del contrato de transporte

1. La parte controladora goza con exclusividad del ejercicio del derecho de control y podrá estipular con el porteador toda modificación del contrato de transporte que no sea alguna de las modificaciones a las que se hace referencia en el artículo 54 b) y c)[187].

2. Toda modificación de un contrato de transporte, incluidas aquellas modificaciones a las que se hace referencia en el artículo 54 b) y c), deberá ser consignada, al pasar a ser válida, en el título de transporte [negociable] o incorporada al documento electrónico de transporte [negociable] y deberá ser rubricada o firmada de conformidad con lo previsto en el artículo 39[188].]

---

que debía hacerse una clara distinción entre lo que cabría designar como una modificación "normal" o leve de las instrucciones dadas respecto de las mercancías y una modificación de mayor alcance que alterara el contrato de transporte. Se sugirió que si se trasladara el apartado d) a un artículo aparte del proyecto de artículo 55 tal vez se paliaría esta inquietud.

[185] Esta variante propuesta entre corchetes tiene por objeto aclarar que la entrega de las mercancías antes de su llegada al lugar de destino no debe entenderse como un cambio de destino, sino únicamente como entrega de las mercancías en algún lugar de su ruta.

[186] Como se indica en la nota 180 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se debe suprimir el apartado d) conforme a la objeción formulada en el párrafo 103 de A/CN.9/526, a fin de salvaguardar la unilateralidad de toda orden que la parte controladora pueda dar al porteador, por oposición a toda modificación que se introduzca en las condiciones del contrato, para lo que haría falta que las partes en dicho contrato obraran de común acuerdo. Se respondió que dicha disposición ayudaba a definir el derecho de control en la medida en que aclaraba que durante el viaje la parte controladora ejercía la función de contraparte del porteador. A fin de responder a esas inquietudes y para evitar confundir el derecho de control con el derecho a convenir con el porteador alguna modificación del contrato de transporte, se sugirió trasladar el anterior artículo 54 d) formulándolo en un artículo aparte que sería el 55. Cabe también señalar que se habrá de retocar también la primera oración del encabezamiento en el supuesto de que se incluya una definición en el proyecto de artículo 1 l).

[187] El párrafo 1 incorpora el anterior artículo 54 d), junto con un nuevo texto insertado para insistir en la exclusividad de las facultades de la parte controladora.

[188] Se sugiere la conveniencia de la regla del párrafo 2, a fin de que toda enmienda del contrato de transporte sea firmada o al menos rubricada, como suele hacerse en la práctica. De aceptar esta propuesta el Grupo de Trabajo, se sugiere que se haga referencia al requisito de firma enunciado en el proyecto de artículo 39. Se ha suprimido el proyecto de artículo 56 2) d) y 3) c) por razón de la adición propuesta de este párrafo 2.

Artículo 56. Reglas aplicables a todo título de transporte o documento electrónico de transporte emitido

1. Cuando no se haya emitido título de transporte negociable alguno ni ningún documento electrónico no negociable, serán aplicables las reglas siguientes:

a) El cargador será la parte controladora salvo que [haya convenido con el consignatario en que lo sea otra persona y que sea él mismo quien se lo notifique al porteador. El cargador y el consignatario podrán convenir en que el consignatario sea la parte controladora] [designe parte controladora al consignatario o a alguna otra persona][189].

b) La parte controladora estará facultada para transferir el derecho de control a alguna otra persona, a raíz de lo cual el transferente perderá su derecho de control. El transferente [o el cesionario] [o, si la ley por lo demás aplicable lo permite, el cesionario][190] deberá dar aviso al porteador de dicha cesión.

c) Siempre que la parte controladora vaya a ejercer su derecho de control de conformidad con el artículo 54, deberá presentar algún medio de identificación adecuado.

[d) El derecho de control [se extinguirá] [quedará transferido al consignatario] cuando, al haber llegado las mercancías a su punto de destino, el consignatario reclame la entrega de las mismas[191].]

---

[189] Como se indica en la nota 184 de A/CN.9/WG.III/WP.32, en el párrafo 105 de A/CN.9/526 se cuestionó que se exigiera el consentimiento del consignatario para designar como parte controladora a toda otra persona que no fuera el cargador, cuando el consignatario ni siquiera era parte en el contrato de transporte. Se observó además que si el contrato estipulaba que el cargador era parte controladora durante la operación, el artículo 1 b) le facultaba para conferir unilateralmente su derecho de control a otra persona. Se había atendido a estas inquietudes colocando entre corchetes el texto que sigue a "salvo que", a fin de permitir su eventual supresión, e insertando en su lugar, también entre corchetes, el texto "designe parte controladora al consignatario o a alguna otra persona".

[190] Como se indica en la nota 185 de A/CN.9/WG.III/WP.32, a fin de responder a la objeción expresada en el párrafo 107 de A/CN.9/526 de que, en ciertos países, no sería posible perfeccionar una transferencia del derecho de control mediante un aviso del propio cesionario al porteador, cabría suprimir, en el artículo 1 b) las palabras "o el cesionario", que han sido colocadas entre corchetes, junto con posibles palabras que serían acordes con las aprobadas con miras a un futuro examen en el proyecto de artículo 63.

[191] Como se indica en la nota 186 de A/CN.9/WG.III/WP.32, la parte controladora conserva su control sobre las mercancías hasta su entrega definitiva. Ahora bien, no se dice nada en el proyecto de artículo 56 acerca de cuál será el período durante el cual podrá ejercitarse el derecho de control en el supuesto de que se haya emitido un título de transporte o un documento de transporte electrónico no negociable. Se pensó que tal vez fuera posible atender a la observación efectuada, razón por la que se ha insertado el párrafo 1 d). Obsérvese, asimismo, que el párrafo 106 de A/CN.9/526 también menciona la inquietud de que se esté abriendo tal vez la puerta para poder frustrar una orden tan frecuente del cargador como la de que no se haga entrega de las mercancías hasta que no se haya recibido del cargador la confirmación de que su precio está ya pagado. Además, dado que el artículo 54 dice que el derecho de control consiste en la facultad de dar instrucciones al porteador durante el denominado período de responsabilidad del porteador, delimitado en el artículo 11, tal vez sea innecesario señalar cuándo concluirá el derecho de control.

2. Cuando se emita un título de transporte negociable, serán aplicables las reglas siguientes:

a) El tenedor o, caso de haberse emitido más de un original del título de transporte negociable, el tenedor de todos los originales será la única parte controladora.

b) El tenedor estará facultado para transferir el derecho de control transfiriendo el título de transporte negociable a otra persona de conformidad con el artículo 61, a raíz de lo cual el transferente perderá su derecho de control. De haberse emitido más de un original de dicho título, todos ellos deberán ser transferidos para que surta efecto una cesión del derecho de control.

c) A fin de ejercer el derecho de control, el tenedor deberá presentar al porteador el título de transporte negociable, si este se lo exige. De haberse emitido más de un original de dicho título, deberán presentarse todos los originales [salvo aquellos que obren ya en poder del porteador, en nombre de la propia persona que vaya a ejercer el derecho de control], en ausencia de lo cual no podrá ejercitarse el derecho de control[192].

3. Siempre que se emita un documento electrónico de transporte negociable:

a) El tenedor será la única parte controladora y estará facultado para transferir el derecho de control a alguna otra persona transfiriendo el documento electrónico de transporte negociable de conformidad con los procedimientos a que se hace referencia en el artículo 6, a raíz de cuya cesión, el cedente perderá su derecho de control.

b) A fin de ejercer su derecho de control, el tenedor deberá demostrar, si se lo exige el porteador, que él es el tenedor, de conformidad con los procedimientos a que se hace referencia en el artículo 6.

4. Pese a lo dispuesto en el artículo 63[193], toda persona que, sin ser el cargador o la persona a la que se hace referencia en el artículo 34, haya transferido el derecho de control, sin haber hecho uso alguno de dicho derecho, quedará liberada, a raíz de dicha cesión, de toda responsabilidad impuesta a la parte controladora por el contrato de transporte o por el presente Convenio.

---

[192] Como se indica en la nota 188 de A/CN.9/WG.III/WP.32, el Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en que el párrafo 2 c) no había previsto debidamente las consecuencias que tendría el hecho de que el tenedor no presente al porteador todos los ejemplares de un título negociable, y en que, en dicho supuesto, el porteador podría negarse a seguir las instrucciones de la parte controladora. Prevaleció el parecer en el Grupo de Trabajo de que, en el supuesto de que la parte controladora no presente todos los ejemplares de un conocimiento de embarque, no cabrá ejercitar el derecho de control, y en que habría de establecerse una excepción a la regla de que la parte controladora habrá de presentar todos los ejemplares del conocimiento de embarque, en previsión del supuesto de que algún ejemplar del conocimiento obre ya en poder del porteador. A fin de responder a todas estas inquietudes, se sugiere que se inserte la variante indicada en el párrafo 2 c).

[193] La remisión se hacía al proyecto de artículo 62 de A/CN.9/WG.III/WP.32, que se suprimió a favor del proyecto de artículo 61 *bis*, que se ha renumerado como proyecto de artículo 63.

Artículo 57. Ejecución de las instrucciones por el porteador

1. Variante A del párrafo 1, incluido el párr. 1 *bis*[194]

A reserva de lo dispuesto en los párrafos 1 *bis*, 2 y 3, el porteador deberá ejecutar toda orden a la que se haga referencia en el artículo 54[195] siempre que dicha orden:

a) Pueda ser razonablemente ejecutada, a tenor de sus propios términos, en el momento de llegar dicha orden a la persona encargada de ejecutarla;

b) No interfiera en el curso normal de las operaciones del porteador o de una parte ejecutante; y

c) No origine gasto adicional alguno, ni pérdida o daño alguno, al porteador o a la parte ejecutante, ni a ninguna otra persona que goce de algún derecho sobre las demás mercancías que se transporten a bordo del mismo buque.

1 *bis*. Si cabe razonablemente prever que no se cumplirán una o más de las condiciones enunciadas en los apartados a), b) y c), el porteador no estará obligado a ejecutar dicha orden[196].

Variante B del párrafo 1

A reserva de lo dispuesto en los párrafos 2 y 3, el porteador deberá ejecutar las instrucciones a que se hace referencia en el artículo 54[197] si:

a) la persona que emite dichas instrucciones está facultada para ejercitar el derecho de control;

b) las instrucciones pueden ser razonablemente ejecutadas, a tenor de su propio texto, en el momento en que lleguen al porteador; y

---

[194] La variante A del párrafo 1 está basada en el texto original del proyecto de convenio en A/CN.9/WG.III/WP.21, como se indica en la nota 192 de A/CN.9/WG.III/WP.32, el Grupo de Trabajo se mostró en general de acuerdo en que el párrafo 1 debería ser reformulado a fin de reflejar en su texto las sugerencias recogidas en los párrafos 114 a 116. Se convino en que la nueva estructura de dicho párrafo debería reflejar, en primer lugar, las circunstancias en las que el porteador debería dar curso a toda orden recibida de la parte controladora, enunciando, en segundo lugar, las consecuencias a que daría lugar el que dichas órdenes se cumplan o no. Se pidió a la Secretaría que preparara un proyecto revisado, que ofreciera posibles variantes, a fin de que sirvan de base para proseguir las deliberaciones en algún período ulterior de sesiones, lo que se ha intentado hacer en la variante B.

[195] Se ha suprimido toda referencia a los apartados "a), b) o c)" en vista de la sugerencia de redacción de que se formule el artículo 54 d) en un proyecto de artículo 55 aparte.

[196] Se ha creado el párrafo 1 *bis* reformulando la última oración de la variante A, como mejora de redacción, pero sin alteración alguna del contenido.

[197] Véase la nota 518, *supra*.

c) dichas instrucciones no interfieren en el curso normal de las operaciones del porteador o de una parte ejecutante[198].

2. En todo supuesto, la parte controladora deberá reembolsar[199] al porteador o a las partes ejecutantes, y a toda persona que sea titular de algún derecho sobre otras mercancías transportadas en el mismo buque o viaje toda pérdida o daño que puedan sufrir a resultas de haberse ejecutado alguna orden en el marco de lo dispuesto en el presente artículo[200].

3. De solicitarlo el porteador, la parte controladora deberá prestar garantía[201] por el monto de todo gasto adicional, pérdida o daño que quepa razonablemente prever. [El porteador tendrá derecho a obtener una garantía de la parte controladora en todo supuesto en el que:

a) Prevea razonablemente que la ejecución de una orden recibida en el marco de lo previsto en el presente artículo ocasionará algún gasto adicional o alguna pérdida o daño; pero

b) A pesar de ello esté dispuesto a ejecutarla.]

---

[198] La variante B fue presentada en A/CN.9/WG.III/WP.32 para responder a las inquietudes descritas en la nota 193 de dicho documento. A fin de evitar toda contradicción eventual entre el párrafo 1 c) y el proyecto de artículo 54 b) con respecto al derecho de control y a la posibilidad de que ocasionara "gastos adicionales", se sugirió que o bien se debería eximir al porteador de toda obligación de ejecutar una orden recibida en el marco de lo dispuesto en el proyecto de artículo 54 b) o que el texto del párrafo 1 c) debería limitar la obligación del porteador de ejecutar toda orden al supuesto de que la orden recibida no suponga un gasto adicional "notable". Además, conforme se observó en el párrafo 115 de A/CN.9/526, la sugerencia de suprimir el párrafo 1 c) obtuvo considerable apoyo en el Grupo de Trabajo. En vista de dichas sugerencias, cabría reformular el párrafo 1 conforme se indica, y cabría restringir el derecho del porteador a tenor del párrafo 3, como se indica en la nota 201 *infra*. Además, se ha suprimido el párrafo 1c).

[199] Como se indica en la nota 194 de A/CN.9/WG.III/WP.32, la noción de "indemnizar" sugería erróneamente que la parte controladora pudiera incurrir en responsabilidad, por lo que convendría sustituir dicha noción por la de "remunerar", que correspondía mejor al supuesto de un ejercicio legítimo de su derecho de control por la parte controladora.

[200] Como se indica en la nota 195 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se introdujeron los cambios en el párrafo 2 a raíz de la sugerencia en el párrafo 117 de A/CN.9/526 de que en la nueva estructura del párrafo deben enunciarse, en primer lugar, las circunstancias en las que el porteador deberá seguir las instrucciones u órdenes recibidas de la parte controladora y, en segundo lugar, las consecuencias de que dichas órdenes sean o no ejecutadas.

[201] Como se indica en la nota 196 de A/CN.9/WG.III/WP.32, pese a que se estimó que el párrafo 3 era "en general aceptable", como se observa en el párrafo 119 de A/CN.9/526, se han efectuado los cambios indicados a la luz de las observaciones sobre el proyecto de artículo 57 1). Véase la nota 521 *supra*.

4. El porteador será responsable de toda pérdida o daño de las mercancías que resulte de no haber cumplido una orden de la parte controladora en violación del deber enunciado en el párrafo 1[202].

Artículo 58. Entrega presumible

Las mercancías que se entreguen a raíz de una orden dada en consonancia con el artículo 54 b), se tendrán por entregadas en el lugar de destino y les serán aplicables las disposiciones del capítulo 10 concernientes a dicha entrega.

Artículo 59. Obligación de facilitar información o documentos y de dar instrucciones al porteador

Si durante el período en que las mercancías están bajo su custodia, el porteador o una parte ejecutante que quiera razonablemente que se le den instrucciones o que se le facilite información o algún documento, además de los mencionados en el artículo 30 a), la parte controladora deberá facilitar dicha información, al serle solicitada por el porteador o dicha parte ejecutante[203]. Si, tras un esfuerzo razonable, el porteador no ha podido identificar y encontrar a la parte controladora, o si la parte controladora no puede dar al porteador instrucciones adecuadas o la información o documentos que reclame, deberá hacerlo el cargador o la persona a la que se hace referencia en el artículo 34.

---

[202] Como se indica en la nota 197 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se suscitó una cuestión acerca de la índole de la obligación a que estaba sujeto el porteador a tenor del proyecto de artículo 57, y acerca de si debía suavizarse la obligación impuesta al porteador de ejecutar la orden, obligándole únicamente a ejecutar, conforme sea posible, las órdenes recibidas de la parte controladora. Se expresó el parecer de que era preferible que estuviera sujeto a una obligación estricta de ejecutar la orden o las órdenes que recibía. Ahora bien, el porteador no debería ser responsable de las consecuencias de no haber ejecutado alguna orden si conseguía demostrar que hizo todo lo razonablemente posible por ejecutarla, o que la ejecución de la orden recibida no era razonable en las circunstancias del caso. Respecto de cuáles debían ser las consecuencias de no haber cumplido la orden, se sugirió que el texto del proyecto de convenio fuera más explícito indicando, por ejemplo, el tipo de responsabilidad en que incurriría el porteador a raíz de su incumplimiento y sus consecuencias para la ejecución subsiguiente del contrato. A fin de dar seguimiento a dichos pareceres, se ha insertado un nuevo párrafo 4. Respecto de las consecuencias del incumplimiento de alguna orden recibida, se presume que la intención implícita era que, en todo supuesto en el que debiera haberse ejecutado la orden, el porteador sea responsable por concepto de daños. Si el Grupo de Trabajo decide que se incluya alguna disposición en dicho sentido, tal vez desee considerar también si debe imponerse algún límite a dicha responsabilidad.

[203] Como se indica en la nota 199 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se apoyó en general la sugerencia de que se hiciera referencia a toda parte ejecutante eventual, además del porteador. En vista también de la recomendación mencionada en el párrafo 123 de A/CN.9/526, se han introducido ciertos cambios a fin de aclarar el texto del proyecto de artículo 59.

Artículo 60. Modificación por acuerdo

Lo dispuesto en los artículos 54 b) y c), y 57 podrá ser modificado por acuerdo entre las partes. Las partes podrán también restringir o excluir la transferibilidad del derecho de control de la que se habla en el artículo 56 1) b). De haberse emitido un título de transporte negociable o un documento electrónico de transporte negociable, toda estipulación de las partes conforme a lo previsto en el presente artículo deberá estar consignada en los datos del contrato o incorporada[204] a ellos, por remisión.

CAPÍTULO 12. TRANSFERENCIA DE DERECHOS[205]

Artículo 61. De emitirse un título o un documento electrónico de transporte negociable

1. De emitirse un título de transporte negociable, su tenedor estará facultado para transferir todo derecho incorporado a dicho título transfiriendo el propio título a otra persona,

a) debidamente endosado a la misma o endosado en blanco, si es un título a la orden, o,

b) sin endoso alguno, si es un título al portador o un título endosado en blanco, o también,

c) sin endoso alguno, si es un título emitido a la orden de determinada persona y la transferencia se hace entre el primer tenedor del título y dicha persona[206].

2. De emitirse un documento electrónico de transporte negociable, su tenedor estará facultado para transferir todo derecho incorporado a dicho documento electrónico de transporte, tanto si el documento se ha emitido simplemente a la orden como si se ha emitido a la orden de determinada persona, transfiriendo dicho documento de conformidad con los procedimientos de que se habla en el artículo 6[207].

---

[204] Como se indicó en la nota 200 de A/CN.9/WG.III/WP.32, hubo amplio apoyo en el Grupo de Trabajo a favor de que en el texto revisado del proyecto de artículo 60 se evitara sugerir restricción alguna de la autonomía contractual de las partes para apartarse, en su contrato, de lo dispuesto en el capítulo 11. Cabe deducir además de la última oración del proyecto de artículo 60 que su texto será únicamente aplicable si el título de transporte o el documento electrónico de transporte emitido es negociable. El texto revisado menciona consiguientemente este extremo, junto con la referencia que se sugirió a todo acuerdo incorporado por remisión.

[205] El texto original de este capítulo está tomado de A/CN.9/WG.III/WP.32 con mejoras de redacción subrayadas y correcciones tachadas.

[206] Como se observó en la nota 201 de A/CN.9/WG.III/WP.32, hubo fuerte apoyo en el Grupo de Trabajo por mantener el texto actual del proyecto de artículo 61 1) en aras de la armonía y por prestarse bien al empleo de documentos electrónicos de transporte negociables. Se tomó nota de la inquietud mencionada en el párrafo 132 de A/CN.9/526 respecto de los títulos negociables nominativos en el marco de algunos ordenamientos internos.

[207] Como se indicó en la nota 202 de A/CN.9/WG.III/WP.32, el Grupo de Trabajo tomó nota de que el párrafo 2) fue examinado por el Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones juntamente con otras disposiciones del proyecto convenio relativas a los documentos electrónicos.

Artículo 62. Responsabilidad del tenedor

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59, todo tenedor, que no sea el cargador, que no ejercite derecho alguno nacido del contrato de transporte, no asumirá responsabilidad alguna dimanante de dicho contrato por la sola razón de ser tenedor.

2. Todo tenedor, que no sea el cargador, que ejercite algún derecho en virtud del contrato de transporte, asumirá [toda responsabilidad que le sea impuesta a tenor del contrato, en la medida en que dicha responsabilidad esté incorporada al título de transporte negociable o al documento electrónico de transporte negociable o sea determinable a partir de lo en ellos consignado] [toda responsabilidad que recaiga sobre la parte controladora con arreglo al capítulo 11 y toda responsabilidad imputable al cargador por el pago del flete, o por concepto de flete falso, sobrestadía y daños por la detención del buque, en la medida en que esas responsabilidades estén consignadas en el título de transporte negociable o en el documento electrónico de transporte negociable][208].

3. Para los fines de los párrafos 1 y 2 [y del artículo 46][209], todo tenedor, que no sea el cargador, no habrá ejercitado derecho alguno nacido del contrato de transporte, por la sola razón de que:

a) convenga con el porteador, con arreglo al artículo 7, en sustituir un título de transporte negociable por un documento electrónico de transporte negociable o, a la inversa, un documento electrónico de transporte negociable por un título de transporte negociable, o de que

b) transfiera sus derechos con arreglo al artículo 61.

---

[208] Como se indicó en la nota 204 de A/CN.9/WG.III/WP.32, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara un texto revisado del proyecto de párrafo 2 que reflejara debidamente los pareceres expresados. Ahora bien, los pareceres expresados en los precedentes párrafos 137 a 139 de A/CN.9/526 no eran coherentes. Los que deseaban una revisión del texto pidieron que en él se dispusiera cuáles eran las responsabilidades que asumiría todo tenedor, que hiciera uso de algún derecho nacido del contrato de transporte, a tenor de dicho contrato, y se ha intentado revisar algo el texto. Cabe señalar que existe cierta responsabilidad que tal vez deba considerarse, es decir, la responsabilidad por toda pérdida, daño o lesión causada por las mercancías (pero excluyendo en todo caso la responsabilidad a que pudiera dar lugar el incumplimiento de las obligaciones del cargador en el marco de lo dispuesto en el proyecto de artículo 28).

[209] La inclusión del texto entre corchetes dependerá de la decisión del Grupo de Trabajo concerniente a la inclusión del texto entre corchetes en el proyecto de artículo 46.

Artículo 63[210]. De no emitirse título o documento electrónico de transporte negociable alguno

De no emitirse título de transporte negociable alguno ni documento electrónico de transporte negociable alguno, lo dispuesto en los siguientes apartados será aplicable a la transferencia de los derechos nacidos de un contrato de transporte:

a) La transferencia se regirá por la ley que sea aplicable al contrato por el que se transfieran dichos derechos o, si dichos derechos no se transfieren por vía contractual, por la ley aplicable a dicha transferencia;

b) La transferibilidad de los derechos que se vayan a transferir se regirá por la ley aplicable al contrato de transporte; y

c) Cualquiera que sea la ley que sea declarada aplicable a los apartados a) y b),

i) Se podrá efectuar por vía electrónica toda transferencia que sea por lo demás permisible con arreglo a la ley aplicable,

ii) Toda transferencia deberá ser notificada al porteador por el cedente o, si lo autoriza que sea por lo demás aplicable, por el cesionario[211], y

iii) Si una transferencia acarrea alguna responsabilidad referente al derecho transferido o que nazca de dicho derecho, el cedente y el cesionario deberán asumir mancomunada y solidariamente dicha responsabilidad.

CAPÍTULO 13. LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

Artículo 64. Límites básicos de la responsabilidad[212]

1. A reserva de lo dispuesto en el artículo 65 y 66 1), la responsabilidad del porteador por incumplimiento de sus obligaciones con arreglo al Convenio[213] quedará limitada a [...] unidades de cuenta por bulto u otra unidad de carga, o a [...] unidades de cuenta por kilogramo de peso bruto de las mercancías perdidas o dañadas, caso de ser superior esta suma, salvo que el cargador haya declarado la

---

[210] El proyecto de artículo 63, anterior proyecto de artículo 61 *bis*, ha sustituido a los artículos 61 y 62 de A/CN.9/WG.III/WP.32, conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo en el párrafo 213 de A/CN.9/576, a raíz de su examen de los aspectos concernientes al comercio electrónico del artículo 63, conforme puede verse en el párrafo 12 de A/CN.9/WG.III/WP.47, y su deliberación sobre la sustitución de los artículos 61 y 62 por un proyecto de artículo 63, en los párrafos 212 y 213 de A/CN.9/576.

[211] Como se indica en la nota 57 de A/CN.9/WG.III/WP.47, si bien la notificación de la transferencia por el autor de la misma era una regla habitual, el derecho interno de algunos países exigen que el beneficiario de la transferencia efectúe la notificación. Se sugirió, por ello, sustituir el texto "ya sea por el cedente o por el cesionario" por la frase "por el cedente o, si lo autoriza la ley que sea por lo demás aplicable, por el cesionario", a fin de imponer la carga de la notificación al cedente del derecho transferido, pero dejando abierta la posibilidad de que la notificación la hiciera el cesionario, en aquellos lugares en donde esté autorizado para hacerlo.

[212] Las correcciones se hacen a los párrafos 1 y 3, y al texto de la variante B del párrafo 2 que figuran en el párrafo 6 de A/CN.9/WG.III/WP.39; la variante A del párrafo 2 es un nuevo texto propuesto.

[213] Se pensó que la adición del incumplimiento de las obligaciones del porteador hacía innecesaria la referencia a "concernientes a las" mercancías.

índole y el valor de las mercancías antes de su expedición y ese valor haya sido consignado en los datos del contrato, o en todo supuesto en el que el porteador y el cargador hayan estipulado una suma superior al límite de la responsabilidad fijado en el presente artículo.

Variante A del párrafo 2[214]

[2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, cuando a) el porteador no pueda determinar si las mercancías se perdieron o dañaron [o si la demora en la entrega fue causada][215] durante el transporte marítimo o durante el tramo anterior o posterior al tramo marítimo, y b) si el régimen de algún convenio internacional [o del derecho interno] resulta aplicable con arreglo a lo dispuesto en el artículo 27 si la pérdida, el daño, [o la demora] se produjeron durante el tramo anterior o posterior al tramo marítimo, en dicho caso la responsabilidad del porteador por esa pérdida, daño [o demora] quedará limitada por el régimen de todo convenio internacional [o norma de derecho interno][216] que sería aplicable caso de haberse determinado el lugar donde se produjo el daño, o serán aplicables los límites de la responsabilidad del presente Convenio, si resultan superiores a los que serían por lo demás aplicables.]

Variante B del párrafo 2[217]

[2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, cuando el porteador no pueda determinar si las mercancías se perdieron o dañaron [o si la demora en la entrega fue causada][218] durante el transporte marítimo o durante el tramo anterior o posterior al tramo marítimo, será aplicable el máximo límite de la responsabilidad previsto en toda norma internacional [o nacional][219] de rango imperativo que sea aplicable a cualquiera de los tramos de la operación de transporte.]

3. Cuando las mercancías sean transportadas en o sobre un contenedor, paleta u otro medio auxiliar de transporte empleado para agrupar las mercancías[220], los bultos o las unidades de carga consignados en los datos del contrato como envasados o colocados en dicho medio de transporte auxiliar serán tenidos por bultos o unidades de carga. De no figurar así consignadas, todas las mercancías

---

[214] La variante A trata de aclarar el texto de la variante B tomado del párrafo 6 de A/CN.9/WG.III/WP.39, pero no trata de alterar el criterio seguido.

[215] Véase la nota 543 *infra*.

[216] Texto colocado entre corchetes como reflejo del texto del artículo 27 1), en espera de la decisión que adopte al respecto el Grupo de Trabajo.

[217] La variante B es el texto que figura en el párrafo 6 de A/CN.9/WG.III/WP.39.

[218] Como se indica en la nota 16 de A/CN.9/WG.III/WP.39, se mantuvo entre corchetes el proyecto de párrafo 2, y se introdujo, entre corchetes, una referencia a la entrega con demora de las mercancías, para su ulterior examen.

[219] Véase la nota 541, *supra*.

[220] Como se indica en la nota 17 de A/CN.9/WG.III/WP.39, tal vez proceda revisar la definición de "contenedor" del proyecto de artículo 1 a fin de que sea aplicable a las paletas. El texto sugerido refleja el artículo IV.5 de las Reglas de La Haya-Visby y el artículo 6 2) de las Reglas de Hamburgo.

envasadas en dicho medio auxiliar o colocadas sobre el mismo serán tenidas por una única unidad de carga.

4. La unidad de cuenta a la que se hace referencia en el presente artículo es el denominado derecho especial de giro definido por el Fondo Monetario Internacional. Toda suma a la que se haga referencia en el presente artículo deberá ser convertida a la moneda del Estado del foro según cuál sea el valor de dicha moneda en la fecha en que sea pronunciada la sentencia o en la fecha estipulada por las partes. El valor, expresado en derechos especiales de giro, de la moneda de un Estado Contratante que sea miembro del Fondo Monetario Internacional deberá ser calculado según el método que sea aplicado por el Fondo Monetario Internacional, en la fecha que sea del caso, para sus propias operaciones. El valor, expresado en derechos especiales de giro, de la moneda de un Estado Contratante que no sea miembro del Fondo Monetario Internacional deberá ser calculado según el método que sea seguido por dicho Estado[221].

Artículo 65. Responsabilidad por toda pérdida imputable a demora[222]

Variante A[223]

A reserva de lo dispuesto en el párrafo 66 2), toda indemnización por pérdida material o daño de las mercancías, que sea imputable a la demora, deberá ser calculada con arreglo al artículo 23 y [, salvo estipulación en contrario,] la responsabilidad[224] por toda pérdida económica imputable a demora quedará limitada a una cuantía equivalente a [una sola vez] el flete abonable por las mercancías demoradas. La suma total abonable con arreglo al presente artículo y al artículo 64 1) no deberá exceder del límite que se fijaría con arreglo al artículo 64 1) por la pérdida total de las mercancías afectadas.

---

221 El texto del párrafo 4 es básicamente igual al del párrafo 1 del texto aprobado con carácter no imperativo por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) en su 15º período de sesiones (A/37/17, párrafos 53 a 55 y 63, y en Anexo I, reproducido en el Anuario de la CNUDMI, vol. XIII: 1982, págs. 10-11) como texto preferido para la regla concerniente a la unidad de cuenta en la preparación de futuros convenios internacionales con reglas limitativas de la responsabilidad. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la adición del siguiente párrafo que refleja el párrafo 2 del texto aprobado en 1982 por la Comisión:

> "5. El cálculo del que se habla en la última oración del párrafo 4 deberá hacerse con miras a expresar lo mejor posible, en la moneda nacional del Estado Contratante, el valor real en unidades de cuenta de las sumas de que se habla en el presente artículo.
> Todo Estado Contratante deberá comunicar su método de cálculo al depositario en el momento de la firma o al depositar su instrumento de ratificación, adhesión, aprobación o adhesión, así como siempre que modifique su método de cálculo."

222 Se trasladó a este lugar el proyecto de artículo 16 2) de A/CN.9/WG.III/WP.32 para insertarlo en el capítulo 13 como artículo aparte.

223 La variante A está basada en la variante sugerida para la primera oración del párrafo 2 en la nota 11 de A/CN.9/WG.III/WP.39. Se ha pretendido únicamente aclarar lo concerniente a los daños indirectos conforme a lo sugerido en párrafo 25 de A/CN.9/552.

224 Se sugirió emplear el término "responsabilidad" para utilizar un lenguaje coherente con el del nuevo capítulo creado concerniente a la "limitación de la responsabilidad".

Variante B[225]

A reserva de lo dispuesto en el artículo 66 2), salvo acuerdo en contrario[226], de ocasionar la demora en la entrega alguna pérdida [indirecta][227] no imputable a la pérdida o daño de las mercancías transportadas, a la que por tanto no sea aplicable el artículo 23, la responsabilidad[228] por dicha pérdida quedará limitada a una cuantía equivalente a [una sola vez][229] el flete pagadero por las mercancías demoradas. La suma abonable total con arreglo a lo dispuesto en el presente artículo y en el artículo 64 1) no podrá exceder del límite que sería aplicable con arreglo al artículo 64 1) respecto de la pérdida total de las mercancías afectadas.

Artículo 66. Pérdida del derecho a limitar la responsabilidad[230]

1. Ni el porteador ni ninguna de las personas a la que se haga referencia en el artículo 19 podrá limitar la responsabilidad en la que incurra con arreglo a lo dispuesto en los artículos 64 y 26 4)[231], [o con arreglo a lo estipulado en el contrato de transporte,][232] si el demandante prueba que[233] la pérdida o el daño sufrido por las mercancías o el incumplimiento de la obligación del porteador con arreglo al presente Convenio[234] ha resultado de un acto u omisión personal de la persona que reclame el derecho a limitar su responsabilidad, cometido con la intención de causar dicha pérdida o daño, o temerariamente y a sabiendas de que ese acto u omisión ocasionaría probablemente tal pérdida o daño.

2. Ni el porteador ni ninguna de las personas mencionadas en el artículo 19 podrá limitar su responsabilidad con arreglo a lo dispuesto en el artículo 65 si el demandante prueba que la demora en la entrega resultó de un acto u omisión personal de la persona que reclame el derecho a limitar su responsabilidad, cometido con la

---

225 La variante B es una versión ligeramente revisada del texto en A/CN.9/WG.III/WP.32 conforme aparece en el párrafo 3 de A/CN.9/WG.III/WP.39, y aprobado en los párrafos 20, 22, 24, 28 y 31 de A/CN.9/552.

226 Como se indica en la nota 10 de A/CN.9/WG.III/WP.39, se insertaron las palabras "salvo acuerdo en contrario" al principio del párrafo 2, pero convendría volver a estudiar esta cuestión en el contexto del proyecto de artículo 66 y del capítulo 20.

227 Como se indica en la nota 11 de A/CN.9/WG.III/WP.39, se sugirió que se aclarara el texto concerniente a los daños indirectos.

228 Véase la nota 549, *supra*.

229 Como se indica en la nota 12 de A/CN.9/WG.III/WP.39, se insertaron en el párrafo 2 las palabras "[una sola vez] el flete pagadero por las mercancías demoradas", a fin de proseguir el estudio de esta cuestión en algún período ulterior de sesiones.

230 Las correcciones se hacen al texto enunciado en el párrafo 8 de A/CN.9/WG.III/WP.39.

231 Como se indica en la nota 34 de A/CN.9/WG.III/WP.39, tal vez deba examinarse más a fondo la sugerencia de insertar una remisión al artículo 23, al examinarse el capítulo 20.

232 Como se indica en la nota 35 de A/CN.9/WG.III/WP.39, se mantuvieron entre corchetes las palabras "[o con arreglo a lo estipulado en el contrato de transporte,]" a fin de examinarlas en el marco del capítulo 20.

233 Se suprimió aquí la referencia que se hacía a la demora, al haberse añadido el párrafo 2 del artículo 66.

234 Se pensó que la referencia añadida al "incumplimiento de la obligación del porteador" hacía innecesario que se hablara de "[concerniente a las (mercancías)]".

intención de causar dicha pérdida imputable a la demora o temerariamente y a sabiendas de que ese acto ocasionaría probablemente tal pérdida[235].

CAPÍTULO 14. DERECHOS DE ACCIÓN O PROCESALES[236]

Artículo 67. Partes

Variante A[237]

1. A reserva de lo dispuesto en los artículos 68 y 68 b), toda acción nacida del contrato de transporte solo podrá ser ejercitada frente al porteador o una parte ejecutante por:

a) El cargador, en la medida en que haya sufrido alguna pérdida o daño a resultas de un incumplimiento del contrato de transporte;

b) El consignatario, en la medida en que se haya sufrido alguna pérdida o daño a resultas de un incumplimiento del contrato de transporte; o

c) Toda persona a la que el cargador o el consignatario hayan transferido sus derechos, o que haya adquirido algún derecho nacido del contrato de transporte por subrogación, con arreglo al derecho interno aplicable, como por ejemplo algún asegurador, en la medida en que la persona cuyos derechos haya adquirido por cesión o por subrogación sufra alguna pérdida o daño a resultas de un incumplimiento del contrato de transporte.

2. De haberse traspasado, transferencia o subrogación, algún derecho de acción o procesal con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 1 c), el porteador y la parte ejecutante tendrán derecho a invocar, frente a dicha acción, toda excepción y toda limitación de su responsabilidad que sea oponible frente a dicho tercero con arreglo a lo estipulado en el contrato de transporte o a lo dispuesto en el presente Convenio[238].

---

[235] Se sugiere que el derecho a limitar la responsabilidad por alguna pérdida imputable a demora sea tratada por separado, razón por la cual se ha añadido el nuevo párrafo 2.

[236] El texto original de este capítulo está tomado, con mejoras subrayadas y correcciones tachadas, de A/CN.9/WG.III/WP.32.

[237] La variante A del artículo 67 está basada en el texto original del proyecto de convenio en A/CN.9/WG.III/WP.21. Los cambios del texto original, particularmente la combinación de los apartados c) y d) y la colocación de la última oración del texto original del artículo en un párrafo 2, no son de fondo sino meramente formales, con miras a evitar toda ambigüedad que pudiera haber en el texto original.

[238] Como se indica en la nota 210 de A/CN.9/WG.III/WP.32, si bien se expresó firme apoyo por la supresión del abreviado proyecto de artículo 67, el Grupo de Trabajo decidió aplazar toda decisión respecto de dicho artículo hasta después de haber concluido su examen de los proyectos de artículo y hasta después de haber examinado el ámbito de aplicación del proyecto de convenio.

Variante B

Toda acción nacida o que resulte de un contrato de transporte podrá ser ejercitada por toda persona que tenga algún derecho legítimo al cumplimiento de alguna obligación nacida o que resulte de dicho contrato, siempre que dicha persona haya sufrido algún daño o alguna pérdida[239].

Artículo 68. Caso de haberse emitido un título de transporte negociable o un documento electrónico de transporte negociable

Caso de emitirse un título de transporte negociable o un documento electrónico de transporte negociable:

a) El tenedor estará facultado para ejercitar toda acción nacida del contrato de transporte frente al porteador o alguna parte ejecutante, sea o no él quien haya sufrido la pérdida o el daño[240];

b) Cuando el demandante no sea el tenedor, dicho demandante deberá no solo probar el daño o la pérdida que le haya sido ocasionado por el incumplimiento del contrato de transporte, sino que deberá probar además que el tenedor no ha sufrido la pérdida o el daño que sean objeto de su demanda[241].

---

[239] Como se indica en la nota 211 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se pidió a la Secretaría que preparara alguna variante, en forma de una declaración general, por la que se reconociera el derecho de toda persona, que gozara de algún interés legítimo en el cumplimiento del contrato de transporte, a presentar una demanda judicial si es que dicha persona había sufrido alguna pérdida o daño. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si la Variante B ha previsto adecuadamente la situación en que pueda encontrarse un transitario.

[240] Como se indica en la nota 212 de A/CN.9/WG.III/WP.32, aun cuando no se haya formulado ninguna solicitud a la Secretaría respecto del proyecto de artículo 68, desde una perspectiva textual, la formulación puede ser mejorada conforme se sugiere. Además, cabe cuestionar la necesidad de la frase “, sea o no él quien haya sufrido alguna pérdida o daño”. De hecho, si se reconoce el derecho del tenedor a entablar una acción con independencia de si el daño o la pérdida son suyos, la relación del tenedor y la persona que haya efectivamente sufrido dicha pérdida o daño queda fuera del ámbito de aplicación del proyecto de convenio.

[241] Se pensó que trasladar el antiguo proyecto de artículo 65 para insertarlo como apartado b) del artículo 68 constituía una mejora del texto del proyecto de convenio.

CAPÍTULO 15. PLAZO PARA PRESENTAR UNA DEMANDA[242]

Artículo 69. Prescripción de acciones

Variante A[243]

El porteador quedará liberado de toda responsabilidad con arreglo al presente Convenio[244], caso de no ser entablado un procedimiento judicial o arbitral contra él en el plazo de [un] año. El cargador quedará liberado de toda responsabilidad, en la que pueda haber incurrido conforme a lo dispuesto en el capítulo 8 del presente Convenio, caso de no ser entablado un procedimiento judicial o arbitral contra él en el plazo de [un] año[245].

Variante B

Todo [a] [derecho de acción] [acción] ejercitable con arreglo al del presente Convenio prescribirá [se extinguirá] si no se ha entablado un procedimiento judicial o arbitral en el plazo de [un] año.

---

[242] El texto de este capítulo está tomado, con mejoras de redacción subrayadas y correcciones tachadas, de A/CN.9/WG.III/WP.32.

[243] La variante A del artículo 69 está basada en el texto original del proyecto de convenio en A/CN.9/WG.III/21.

[244] Texto cuya inserción se ha sugerido por razones de coherencia textual con el proyecto de artículo 64.

[245] Como se indica en la nota 215 de A/CN.9/WG.III/WP.32 el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que colocara la expresión numérica "un" entre corchetes, y que preparara una versión revisada del proyecto de artículo 69 que reflejara debidamente las opiniones expresadas.

Se preguntó, en el párrafo 166 de A/CN.9/526, por qué se mencionaba únicamente, respecto del plazo para presentar demanda, la responsabilidad del cargador a tenor del capítulo 8 del proyecto de convenio, y no se mencionaba también la responsabilidad del cargador a tenor de otros artículos, tales como los del ahora suprimido capítulo 9. Se sugirió además que todas las personas, que pudieran incurrir en responsabilidad a tenor del contrato de transporte, fueran mencionadas en el artículo 69. Cabe sugerir que si bien no todas las obligaciones nacidas del contrato de transporte están reguladas por el proyecto de convenio, por ejemplo la responsabilidad eventual del porteador por no haber cargado las mercancías, tal vez proceda que el capítulo 15 sea aplicable a todo tipo de responsabilidad que esté regulada por el convenio.

Tal vez sea buena la solución sugerida en el párrafo 166 de A/CN.9/526 de que se disponga únicamente que prescribirá toda demanda relativa a asuntos que sean objeto del proyecto de convenio (o que todo derecho se extinguirá).

Se expresó también inquietud en el párrafo 167 de A/CN.9/526 acerca de si el transcurso de cierto plazo puede extinguir el derecho o hacer que la acción prescriba. El transcurso de cierto plazo extingue el derecho con arreglo a las Reglas de La Haya-Visby (artículo III.3), y a los convenios COTIF-CIM (artículo 47), Varsovia (artículo 29) y probablemente CMR (artículo 32). Extingue también la acción con arreglo a las Reglas de Hamburgo (artículo 20), el Convenio Multimodal de 1980 (artículo 25), el CMNI (artículo 24) y el Convenio de Montreal (artículo 35). Tal vez sea aconsejable que de momento se tengan presentes las dos opciones enunciadas. Por ello, se ha sugerido otro posible texto en la variante B.

Artículo 70. Comienzo del plazo de prescripción

El plazo del que se habla en el artículo 69 empezará a correr a partir del día en que el porteador haya concluido la entrega de las mercancías afectadas, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 11 4) o 11 5) o, de no haberse efectuado la entrega de las mercancías, a partir del [último] día en el que las mercancías debían haber sido entregadas. No será computable a efectos de dicho plazo el día que se señale para el comienzo de dicho plazo[246].

Artículo 71. Prórroga del plazo de prescripción

Toda persona contra la que se presente una reclamación podrá, en todo momento durante el curso del plazo de prescripción, prorrogar dicho plazo mediante una declaración dirigida al demandante. Dicho plazo podrá volver a ser prorrogado por una o más declaraciones similares.

Artículo 72. Acción de repetición o de resarcimiento

Toda acción de repetición, entablada por una persona que haya sido declarada responsable con arreglo al régimen del presente Convenio, podrá ser presentada incluso después de expirado el plazo de prescripción fijado en el artículo 69 siempre y cuando la acción de repetición sea presentada dentro del más largo de los siguientes plazos:

a) el plazo otorgado por la ley del foro[247] ante el que se vaya a entablar el procedimiento; o

---

[246] Como se indica en la nota 216 de A/CN.9/WG.III/WP.32, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que retuviera el texto del proyecto de artículo 70, pero estudiándose la posibilidad de introducir alguna variante en función de las opiniones expresadas.

Se expresó inquietud en el párrafo 170 de A/CN.9/526 de que la fecha de entrega indicada "en el contrato de transporte" pudiera ser muy anterior a la fecha de entrega efectiva, por lo que sería preferible referirse a la fecha de entrega efectiva. Ahora bien, se expresó igualmente por la posibilidad de que el consignatario demorara unilateralmente dicha entrega efectiva. El texto habla del día en que "el porteador haya concluido la entrega", que viene a ser el día de entrega efectiva de las mercancías.

Se expresó también inquietud, en el párrafo 171 de A/CN.9/526, respecto de la expresión "el último día" en que debían haberse entregado las mercancías, como fecha inicial del plazo para la presentación de la demanda judicial, en supuestos en los que no se haya hecho entrega de las mercancías. Tal vez no sea fácil encontrar alguna variante de dicho texto, ya que en todo supuesto en el que no se haya hecho entrega de las mercancías sería aún más difícil de determinar "el último día". Se sugiere que se supriman estas palabras.

En el párrafo 172 de A/CN.9/526 se menciona asimismo la objeción por la posibilidad de que el demandante espere a que haya transcurrido prácticamente el plazo para presentar su demanda, a fin de obstaculizar en lo posible la presentación de una contrademanda, por haber transcurrido ya el plazo para dichas actuaciones. Cabría evitar esta maniobra haciendo mención de la contrademanda en el proyecto de artículo 72 b) ii), conforme se indicó en el párrafo 172, o regulando las contrademandas en un párrafo aparte del proyecto de convenio. Véase *infra* la variante del proyecto de artículo 73.

[247] Se sugiere este término para acomodar las demarcaciones jurisdiccionales de un Estado federal.

b) Variante A del apartado b)[248]

un plazo de 90 días que empezará a correr a partir de la fecha en que la persona, que presente la acción de repetición, haya

i) satisfecho la reclamación presentada contra ella; o

ii) haya sido citada a comparecer en un juicio entablado contra ella.

Variante B del apartado b)

un plazo de 90 días que empezará a correr a partir de la fecha en que

i) la persona que presente la acción de repetición haya satisfecho la reclamación presentada contra ella; o

ii) se haya pronunciado sentencia firme y no apelable contra la persona que presente la acción de repetición[249].

Artículo 73. Reconvención

Toda contrademanda interpuesta por una persona declarada culpable a tenor del presente Convenio podrá ser presentada, incluso después de expirado el plazo de prescripción fijado en el artículo 69, siempre y cuando se presente en un plazo de 90 días que empezará a correr a partir del día en que la persona que presente la contrademanda haya sido citada a comparecer en el juicio entablado contra ella[250].

---

[248] La variante A del artículo 72 está basada en el texto original del proyecto de convenio en A/CN.9/WG.III/WP.21.

[249] Como se indica en la nota 219 de A/CN.9/WG.III/WP.32, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara un proyecto revisado del proyecto del artículo 72, que reflejara debidamente los pareceres expresados.

En el párrafo 176 de A/CN.9/526 se indicó que en algunos países de tradición civil o romanista, no era posible entablar una acción de repetición en tanto no se hubiera pronunciado una sentencia firme contra el que deseaba entablarla, y se sugirió que el plazo de 90 días comenzara a correr a partir de la fecha en que dicha sentencia fuera firme. Se ofrecía, por ello, una variante por la que el plazo de 90 días empezaría a correr a partir del día en que la sentencia contra la persona que entablara la acción de repetición fuera firme e inapelable. Dichas sugerencias se han plasmado en la variante B.

[250] Como se indica en la nota 220 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se reiteró en el párrafo 177 de A/CN.9/526 que debería otorgarse cierto margen para la presentación de una contrademanda, ya sea en el marco del apartado b) ii) del proyecto de artículo 72 o en un artículo aparte, en cuyo caso se debería otorgar a la contrademanda un margen similar al previsto en el artículo 72 b) ii). Esta disposición sugerida viene enunciada aparte en el artículo 73.

Artículo 74. Acciones contra el fletador de un buque fletado a casco desnudo

[Si el propietario inscrito de un buque consigue refutar la presunción de que él es el porteador, con arreglo al artículo 40 3), podrá entablarse una acción frente al fletador a casco desnudo del buque aun después de expirado el plazo fijado en el artículo 69, siempre y cuando se presente la demanda dentro del más largo de los siguientes plazos:

a) el plazo otorgado por la ley del foro ante el que[251] se vaya a entablar el proceso; o

b) un plazo de 90 días a contar de la fecha en que el propietario inscrito del buque

i) [pruebe que su buque navegaba durante la operación de transporte con arreglo a un fletamento a casco desnudo; e]

[ii)] identifique debidamente al fletador a casco desnudo de su buque[252].]

CAPÍTULO 16. VÍA JUDICIAL

Artículo 75. Acciones contra el porteador[253]

En todo procedimiento judicial, concerniente al transporte de mercancías en el marco del presente Convenio, que se entable contra el porteador[254], el demandante[255] podrá, a su elección, ejercitar una acción ante todo tribunal de un Estado Contratante que sea competente, con arreglo a la ley del foro, y en cuyo territorio jurisdiccional se encuentre uno de los siguientes lugares:

a) el domicilio del demandado[256]; o

b) el lugar de recepción contractual de las mercancías o el lugar de su entrega contractual[257]; o

---

[251] Véase la nota 572, *supra*.

[252] Como se indica en la nota 221 de A/CN.9/WG.III/WP.32, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara una versión revisada del proyecto de artículo 74, prestando la debida atención a las opiniones que se habían expresado. Se tomó nota igualmente de que el Grupo de Trabajo había pedido a la Secretaría que mantuviera el artículo 40 3) entre corchetes, por lo que pidió igualmente a la Secretaría que mantuviera el proyecto de artículo 74 entre corchetes, habida cuenta de la conexión entre uno y otro artículo.

En el párrafo 180 de A/CN.9/526 se objetó que de poco serviría un plazo de 90 días en el supuesto de que un demandante, que fuera propietario de la carga, tuviera dificultad en identificar al porteador. Se estima que ese problema ha sido resuelto en el texto actual del apartado b) ii).

Se sugirió además que cabría fusionar los incisos i) y ii) del apartado b), dado que el requisito enunciado en el inciso ii) era lo bastante riguroso para subsumir en él al requisito enunciado en el inciso i). Se ha propuesto un texto revisado.

[253] Texto tomado del párrafo 111 de A/CN.9/576, con las revisiones sugeridas y previamente aprobadas que se indican.

[254] Texto convenido para su ulterior examen en el párrafo 114 de A/CN.9/576.

[255] Texto convenido para su ulterior examen en el párrafo 114 de A/CN.9/576.

[256] Texto convenido para su ulterior examen en el párrafo 116 de A/CN.9/576.

[257] Texto convenido para su ulterior examen en el párrafo 120 de A/CN.9/576.

[c) el puerto donde se efectúe la carga inicial de las mercancías en un buque; o el puerto donde se efectúe la descarga definitiva de las mercancías desde un buque; o]

d) todo lugar adicional [indicado] [estipulado][258] para dicho fin en el título de transporte o en el documento electrónico de transporte[259].

[Artículo 76. Acuerdos de jurisdicción o competencia exclusiva[260]

1. Si el cargador y el porteador convienen en que los tribunales de un Estado Contratante o uno o más tribunales de un Estado Contratante serán competentes para resolver toda controversia que haya surgido o pueda surgir en el marco del presente Convenio, ese o esos tribunales gozarán de jurisdicción al respecto. Dicha jurisdicción será exclusiva, siempre y cuando el acuerdo por el que se confiera:

a) Conste por escrito o en una comunicación electrónica;

b) Indique claramente el nombre y la sede del tribunal o de los tribunales seleccionados, así como el nombre y la dirección de las dos partes; y

c) Estipule expresamente que el tribunal seleccionado gozará de competencia exclusiva[261].

2. De haberse designado de común acuerdo un foro, con arreglo al párrafo 1, dotado de jurisdicción exclusiva, el cargador y el porteador podrán también estipular expresamente que su selección de un foro dotado de jurisdicción exclusiva será vinculante para toda otra persona que interponga una acción con arreglo al presente Convenio, y su selección será en dicho supuesto vinculante siempre y cuando[262]:

Variante A del párrafo 2 a)

a) Dicha estipulación esté consignada en los datos del contrato [o haya sido incorporada por remisión al título del transporte o al documento electrónico de transporte]; y

---

[258] Texto convenido para su ulterior examen en el párrafo 124 de A/CN.9/576.

[259] Como se indica en el párrafo 124 de A/CN.9/576, deberá examinarse más en detalle toda cuestión que pueda afectar a terceros en el texto de esta disposición y toda cuestión concerniente a su conexión con las cláusulas de selección del foro.

[260] Conforme se pidió en el párrafo 168 de A/CN.9/576, se ha preparado este proyecto de artículo sobre los acuerdos de jurisdicción o competencia exclusiva para su examen por el Grupo de Trabajo.

[261] Texto sugerido para satisfacer las condiciones sugeridas en el párrafo 161 de A/CN.9/576. De seguirse este criterio, cabría añadir la presente disposición a la lista enumerada en el proyecto de artículo 3 y cabría suprimir el proyecto de artículo 75 e).

[262] Texto presentado para cumplir las condiciones sugeridas en el párrafo 164 de A/CN.9/576. De adoptarse este enfoque, debería eliminarse esta disposición de la lista del proyecto de artículo 3.

Variante B del párrafo 2 a)

a) Se haya dado a dicha persona un aviso adecuado sobre el lugar donde habrá de interponer su acción; y

Variante C del párrafo 2 a)[263]

a) Dicha persona haya dado expresamente su consentimiento a la cláusula estipulada, y dicho consentimiento cumpla con los requisitos enunciados en el artículo 95 6) b); y

b) El foro seleccionado esté en algún lugar designado con arreglo a lo dispuesto en los apartados a), b) o c) del artículo 75.]

Artículo 77. Acciones contra una parte ejecutante marítima[264]

En todo procedimiento judicial contra la parte ejecutante marítima concerniente al transporte de mercancías efectuado en el marco del presente Convenio, el demandante podrá, a su elección, ejercitar una acción ante el tribunal de un Estado Contratante que sea competente a tenor de la ley del foro, y dentro de cuyo territorio jurisdiccional esté situado uno de lo siguientes lugares:

a) El domicilio de la parte ejecutante marítima; o

b) El lugar donde la parte ejecutante marítima haya recibido [inicialmente] las mercancías; y el lugar donde la parte ejecutante marítima haya entregado [definitivamente] las mercancías.

Artículo 78. Ningún foro competente adicional

A reserva de lo dispuesto en el artículo 80, no podrá entablarse, en virtud del presente Convenio, procedimiento judicial alguno en un lugar no designado con arreglo al artículo 75 o 77[265].

Artículo 79. Embargo y medidas cautelares[266]

1. Nada de lo dispuesto en el presente Convenio afectará a la competencia de un tribunal en lo referente a:

a) El embargo preventivo [de conformidad con la normativa aplicable de derecho internacional [o de la ley del foro competente]]; o

b) La imposición de medidas cautelares.

---

[263] En la variante C se sugiere el supuesto de que todo tercer interesado habrá de haber dado expresamente su consentimiento a la cláusula de jurisdicción exclusiva, al igual que el consentimiento exigido en el proyecto de artículo 95 6) b).

[264] Texto tomado de párrafo 125 de A/CN.9/576, con las revisiones sugeridas y previamente aprobadas que pueden verse indicadas.

[265] A fin de responder a las inquietudes expresadas en el párrafo 42 de A/CN.9/576, y en aras de la claridad, se sugirió colocar la primera oración del antiguo proyecto de artículo 74 en un artículo aparte, numerado artículo 78, y que se aplicara, en el mismo artículo, al embargo y a las medidas cautelares el mismo régimen propuesto en el proyecto de artículo 79.

[266] Retoques sugeridos al texto enunciado en el párrafo 130 de A/CN.9/576, conforme a lo convenido en el párrafo 136 de A/CN.9/576 para el ulterior examen del texto.

[2. A efectos del presente artículo, se entenderá por "medida cautelar":

a) Toda medida por la que se ordene la conservación, la custodia provisional, o la venta de cualquier bien que sea objeto de la controversia; o

b) Toda orden por la que se ordene que se deposite en caución el importe controvertido; o

c) Toda orden por la que se designe un síndico o administrador judicial; o

d) Toda otra orden destinada a evitar que la sentencia o el laudo arbitral que no sea frustrado a resultas de que la otra parte disperse sus bienes; o

e) Toda orden combinatoria o toda otra orden provisional[267].]

Artículo 80. Consolidación y traslado de las actuaciones

Variante A del párrafo 1[268]

[1. Toda acción ejercitada al mismo tiempo contra el porteador y contra una parte ejecutante marítima a raíz de un mismo incidente deberá interponerse en uno de los lugares indicados en el artículo 77, con independencia de si ese lugar está o no indicado en el artículo 75[269].]

Variante B del párrafo 1

[1. Toda acción ejercitada al mismo tiempo contra el porteador y contra una parte ejecutante marítima a raíz del mismo incidente deberá interponerse en un lugar designado con arreglo a lo dispuesto tanto en el artículo 75 como en el artículo 77. De no haber ningún lugar designable con arreglo a uno y otro artículo, dicha acción deberá ser interpuesta en algún lugar designado conforme al artículo 77[270].]

---

[267] Las correcciones se hacen al texto convenido para su ulterior estudio en párrafo 142 de A/CN.9/576.

[268] Si bien la variante C del proyecto de artículo 80 1) es el texto convenido para su ulterior examen en el párrafo 149 de A/CN.9/576, se sugieren las variantes A y B a título de textos mejorados de esa variante entre las que tal vez el Grupo de Trabajo prefiera elegir. La variante B exigiría que al determinar el lugar donde se haya de presentar una acción tanto contra el porteador como contra la parte ejecutante marítima se deberá buscar en primer lugar el lugar designado con arreglo a lo dispuesto tanto en el artículo 74 como en el artículo 76, y que solo de fracasar esta iniciativa podrá recurrirse a un lugar designado únicamente conforme a lo dispuesto en el artículo 76. El enfoque de la variante A parte del criterio de que solo se podrá interponer esa acción en un lugar designado con arreglo al artículo 76, con independencia de si ese lugar ha sido designado conforme a lo dispuesto en el artículo 74.

[269] El Grupo de Trabajo tal vez observe que este enfoque puede dar lugar a dificultades en todo supuesto en el que la acción vaya dirigida contra más de una parte ejecutante marítima, o cuando ninguno de los lugares designados con arreglo al artículo 77 se encuentre en un Estado contratante.

[270] *Ibid.*

Variante C del párrafo 1[271]

[1. Si el titular de la carga interpone alguna acción solidaria frente al porteador contractual y a una parte ejecutante marítima, deberá hacerlo en alguno de los lugares en que, conforme al artículo 77, cabrá interponer una acción frente a una parte ejecutante marítima.]

2. Si el porteador o una parte ejecutante marítima ejercita una acción con arreglo al presente Convenio, el demandante, obrando a instancia del demandado, deberá retirar la acción y deberá interponerla de nuevo en algunos de los lugares designados con arreglo a lo dispuesto en los artículos 75-77, según cuál sea aplicable, a elección del demandado[272].

Artículo 81. Acuerdo concertado a raíz de la controversia[273]

No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores del presente capítulo, surtirá efecto todo acuerdo concertado por las partes, en una controversia nacida del contrato de transporte, a raíz de haber surgido la controversia, por el que se designe el lugar donde el demandante podrá ejercitar una acción[274].

CAPÍTULO 17. VÍA ARBITRAL[275]

Variante A

Artículo 82.

A reserva de lo dispuesto en el presente capítulo, las partes podrán pactar, mediante un acuerdo consignado por escrito, que toda controversia relativa a un contrato de transporte al que sea aplicable el presente Convenio deberá ser sometida a arbitraje.

---

[271] Texto convenido en el párrafo 149 de A/CN.9/576 para su ulterior examen.

[272] Texto convenido para su ulterior examen en el párrafo 152 de A/CN.9/576, con ciertas sugerencias de redacción. Conforme se indica en el párrafo 152 de A/CN.9/576, debería tratarse de limitar la aplicación de esta disposición a las demandas de una declaración exoneratoria de la responsabilidad presentada por el porteador o por una parte ejecutante marítima.

[273] Texto tomado de la variante A de A/CN.9/WG.III/WP.32.

[274] Texto que en el párrafo 171 de A/CN.9/576 se convino en reexaminar.

[275] Debe recordarse la decisión del Grupo de Trabajo en el párrafo 179 de A/CN.9/576 de que se presente una nueva versión de este capítulo para que sea examinada por el Grupo de Trabajo en un futuro período de sesiones. Se tiene previsto presentar esa versión al Grupo de Trabajo, en su 16º período de sesiones, para un examen preliminar de la misma. Conforme se indica en la nota 225 de A/CN.9/WG.III/WP.32, la variante A del capítulo 16 reproduce plenamente las disposiciones de las Reglas de Hamburgo, mientras que la variante B del capítulo 16 omite aquellos párrafos que el Subcomité Internacional sobre Uniformidad del Derecho del Transporte Marítimo del CMI sugirió que fueran suprimidos.

Artículo 83.

De haberse emitido un título de transporte negociable o un documento electrónico de transporte negociable, el acuerdo de arbitraje o la cláusula compromisoria deberán ser consignados en dicho título o documento, o expresamente incorporado al mismo por remisión. De haberse estipulado en un contrato de fletamento que toda controversia, a que pueda dar lugar su ejecución, deberá ser sometida a arbitraje, y de no haberse consignado expresamente, en todo título de transporte negociable o documento electrónico de transporte negociable emitido a raíz de dicho contrato, que dicha estipulación del contrato será vinculante para el tenedor de ese título o documento, el porteador no podrá invocar lo estipulado frente a un tenedor que haya adquirido de buena fe el título de transporte negociable o el documento electrónico de transporte negociable.

Artículo 84.

El procedimiento arbitral deberá ser abierto, a elección del demandante, en alguno de los lugares siguientes:

a) Algún lugar en el territorio del Estado en donde esté situado:

i) El establecimiento principal del demandado o, en su defecto, el lugar de residencia habitual del demandado; o

[ii) El lugar donde se haya celebrado el contrato de transporte, siempre y cuando el demandado tenga allí el establecimiento, la sucursal o la agencia que se haya encargado de negociar el contrato; o]

iii) El lugar donde el porteador o la parte ejecutante haya recibido las mercancías para su transporte o el lugar donde se efectuó su entrega; o

b) Todo otro lugar que se designe al efecto en el acuerdo de arbitraje o cláusula compromisoria.

Artículo 85.

El árbitro o el tribunal arbitral que entienda de la controversia deberá aplicar el régimen del presente Convenio.

Artículo 85 *bis*.

Se entenderá que lo dispuesto en los artículos 83 y 84 forma parte de todo acuerdo de arbitraje o cláusula compromisoria que se haya pactado, por lo que será nula toda estipulación de dicho acuerdo o de dicha cláusula que sea incompatible con lo dispuesto en tales artículos.

Artículo 86.

Nada de lo dispuesto en el presente capítulo privará de validez a un acuerdo de arbitraje concertado por las partes después de que haya surgido la controversia relativa al contrato de transporte.

Variante B

Artículo 82.

A reserva de lo dispuesto en el presente capítulo, las partes podrán pactar, mediante un acuerdo consignado por escrito, que toda controversia relativa a un contrato de transporte al que sea aplicable el presente Convenio deberá ser sometida a arbitraje.

Artículo 83.

De haberse emitido un título de transporte negociable o un documento electrónico de transporte negociable, el acuerdo de arbitraje o la cláusula compromisoria deberán constar en dicho documento o título, o deberán ser expresamente incorporados al mismo por remisión. De haberse estipulado en un contrato de fletamento que toda controversia, nacida de su ejecución, será sometida a arbitraje y caso de emitirse un título de transporte o un documento electrónico de transporte negociable a raíz de dicho contrato en el que no figure indicación explícita alguna de que esa estipulación del contrato será vinculante para el tenedor, el porteador no podrá invocar lo estipulado frente a un tenedor que haya adquirido de buena fe el título de transporte negociable o el documento electrónico de transporte negociable[276].

Artículo 84[277].

Artículo 85.

El árbitro o el tribunal de arbitraje aplicará el régimen del presente Convenio a toda controversia.

Artículo 86.

Nada de lo dispuesto en el presente capítulo privará de validez a un acuerdo de arbitraje o cláusula compromisoria concertada por las partes después de que haya surgido la controversia relativa al contrato de transporte.

---

[276] Como se indica en la nota 227 de A/CN.9/WG.III/WP.32, el texto enmendado de la variante B del artículo 83 relativo al arbitraje no reproduce el artículo 22.2 de las Reglas de Hamburgo, dado que se pensó que el artículo 22.2 de las Reglas de Hamburgo era demasiado pormenorizado.

[277] Como se indica en la nota 228 de A/CN.9/WG.III/WP.32 se ha omitido este artículo a fin de que la variante B refleje adecuadamente las deliberaciones en el Subcomité Internacional sobre Uniformidad del Derecho de Transporte Marítimo del CMI. El CMI no llegó a ninguna decisión respecto de ninguna variante adecuada. (Consúltese de nuevo, el *Yearbook 1999* del CMI, pág. 113, y el *Yearbook 1997* del CMI, págs. 350 a 356, donde se habla de ello en más detalle.)

CAPÍTULO 18. AVERÍA GRUESA[278]

Artículo 87. Disposiciones sobre la avería gruesa

Nada de lo dispuesto en el presente Convenio impedirá la aplicación de lo estipulado en el contrato de transporte, ni de lo dispuesto en la normativa de derecho interno aplicable, en lo relativo a la liquidación de una avería gruesa.

Artículo 88. Contribución a raíz de una avería común o gruesa

1. [Con la excepción del capítulo referente al plazo para la presentación de la demanda,] las disposiciones del presente Convenio relativas a la responsabilidad del porteador por pérdida o daño de las mercancías determinarán también si el consignatario podrá negarse a contribuir en caso de avería gruesa y la obligación del porteador de resarcir al consignatario de toda contribución eventual efectuada a la avería gruesa o a los gastos de salvamento.

2. Toda [acción para demandar] [derecho a reclamar] una contribución en un supuesto de avería gruesa [prescribirá] [se extinguirá] si no se ha entablado un procedimiento judicial o arbitral dentro del plazo de [un año] a partir de la fecha de emisión de la declaración de avería gruesa[279].

---

[278] El texto original de este capítulo ha sido tomado de A/CN.9/WG.III/WP.32, con ciertas mejoras de redacción.

[279] Como se indica en la nota 230 de A/CN.9/WG.III/WP.32, se había sugerido que se explicitara más claramente que las disposiciones del proyecto de convenio relativas al plazo para presentar una demanda no eran aplicables al supuesto de avería común o gruesa. Dado que el párrafo 1 enuncia que las disposiciones relativas a la responsabilidad del porteador serán las que determinen si el consignatario podrá negarse a contribuir a los gastos por concepto de avería gruesa y las que determinen la responsabilidad al respecto del porteador, resulta confusa la referencia que se hace a la disposición relativa al plazo para presentar una demanda. Se sugiere suprimir dicha referencia. Ello será particularmente importante si se inserta una disposición expresamente destinada a regular el plazo para presentar la demanda.

Como se sugirió en el párrafo 188 de A/CN.9/526, debería formularse una disposición aparte relativa al plazo para la presentación de una demanda por concepto de avería gruesa, que dijera, por ejemplo, que el plazo para presentar una demanda por dicho concepto empieza a correr a partir de la emisión de una declaración de avería común o gruesa. Se ha preparado un texto insertado al final del párrafo 2. Dicho texto debería probablemente regular la demanda tanto de una contribución como de una indemnización.

En el párrafo 189 del documento A/CN.9/526, se suscitó la cuestión de si el párrafo 1 debía ser también aplicable a la responsabilidad por pérdidas imputables a demora y sobrestadías. No parece que el Grupo de Trabajo haya adoptado ninguna decisión al respecto.

CAPÍTULO 19. OTROS CONVENIOS[280]

Artículo 89. Regímenes internacionales aplicables a otras modalidades de transporte

A reserva de lo dispuesto en el artículo 92, nada de lo dispuesto en el presente Convenio impedirá que un Estado Contratante aplique algún otro instrumento internacional que esté ya en vigor en la fecha del presente Convenio y que sea aplicable a título de norma de rango imperativo a contratos primordialmente destinados al transporte de mercancías por algún modo de transporte que no sea el transporte por mar[281].

Artículo 90. Primacía sobre convenios anteriores

[Entre Estados] [A reserva de lo dispuesto en el artículo 102, entre Estados][282] que sean partes en el presente Convenio, su régimen prevalecerá sobre el de todo otro convenio anterior en el que también sean partes [cuando alguna de sus disposiciones sea incompatible con las del presente Convenio][283].

Artículo 91. Limitación global de la responsabilidad

El presente Convenio no modificará los derechos ni las obligaciones del porteador, o de la parte ejecutante, previstos en otros convenios internacionales o normas de derecho interno que regulen los límites de la responsabilidad relativos a la explotación comercial de barcos.

---

[280] El texto original de este capítulo se ha tomado, con ciertas mejoras de redacción, de A/CN.9/WG.III/WP.32.

[281] Como se indica en la nota 231 de A/CN.9/WG.III/WP.32 respecto del proyecto de artículo 27 y en las deliberaciones sobre la relación existente entre el proyecto de convenio y otros convenios de transporte y con toda norma aplicable de derecho interno, se encomendó también a la Secretaría, en los párrafos 247 y 250 de A/CN.9/526, que preparara alguna regla de conflicto de convenios para su inserción eventual en el capítulo 19. Se estima que esa labor no debería ir en detrimento de la sugerencia que se hace en la siguiente nota, sino que debería complementarla. El texto del nuevo proyecto de artículo 89 está tomado del artículo 25 5) de las Reglas de Hamburgo.

[282] Variante sugerida.

[283] Como se indica en la nota 232 de A/CN.9/WG.III/WP.32, la sugerencia en el párrafo 196 de A/CN.9/526 de que sería conveniente que se enmendara el proyecto de artículo 91, insertando algún texto por el que se disponga que el régimen del proyecto de convenio prevalecerá sobre el de todo otro convenio de transporte, salvo que se trate de un Estado que no sea parte en el nuevo convenio, es conforme a lo dispuesto en el artículo 30 4) de la Convención de Viena. Se sugiere, no obstante, que esta nueva disposición sea formulada en un texto aparte, y no en el proyecto de artículo 91, que se ocupa de un problema distinto y más concreto, y que resuelve dicho problema en sentido contrario. Esta nueva disposición figura ahora como proyecto de artículo 90.

Artículo 92. Otros regímenes aplicables al transporte de pasajeros y equipaje

No se incurrirá en responsabilidad con arreglo al presente Convenio por toda pérdida, daño o demora en la entrega del equipaje, que sea imputable al porteador con arreglo a todo otro convenio internacional o norma de derecho interno relativa al transporte de pasajeros con equipaje.

Artículo 93. Otras disposiciones sobre daños causados por accidentes nucleares

No se incurrirá en responsabilidad alguna con arreglo al presente Convenio por el daño ocasionado por un accidente nuclear, cuando dicho daño sea imputable a una empresa explotadora de una instalación nuclear:

a) con arreglo al Convenio de París acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, de 29 de julio de 1960, enmendado por un Protocolo adicional de 28 de enero de 1964, con arreglo a la Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares, de 21 de mayo de 1963, enmendada por el Protocolo Común relativo a la aplicación de la Convención de Viena y del Convenio de París de 21 de septiembre de 1988, y enmendada por el Protocolo de Enmienda de la Convención de Viena de 1963 sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares, de 12 de septiembre de 1997, o con arreglo al Convenio sobre indemnización suplementaria por daños nucleares, de 12 de septiembre de 1997[284], o

b) con arreglo al derecho interno aplicable a la responsabilidad por tales daños, con tal de que su régimen sea al menos igual de favorable, para toda persona que haya sufrido daños, que el régimen del Convenio de París o el de la Convención de Viena, o que el régimen del Convenio sobre indemnización suplementaria por daños nucleares[285].

---

[284] A fin de abarcar toda enmienda subsiguiente de estos instrumentos o todo nuevo instrumento negociado en el futuro, el Grupo de Trabajo tal vez desee insertar algún nuevo texto redactado en términos como los siguientes: “, así como toda enmienda de dichos instrumentos y todo futuro instrumento concerniente a la responsabilidad de una empresa explotadora de instalaciones nucleares por todo daño imputable a un accidente nuclear”, o introducir en el texto un procedimiento de enmienda tácito y sencillo, circunscrito al texto de este artículo que sería activado por el depositario.

[285] Como se indica en la nota 235 de A/CN.9/WG.III/WP.32, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que actualizara la lista de convenios e instrumentos internacionales del proyecto de artículo 93, y que preparara una versión revisada, en la que se reflejaran debidamente los pareceres expresados.

En el párrafo 200 de A/CN.9/526, se señaló que la lista de instrumentos del proyecto de artículo 89 no era completa y se mencionó el Protocolo de 1998 por el que se enmienda la Convención de Viena de 1963.

En el párrafo 201 de A/CN.9/526 se sugirió que cabría añadir otros convenios relativos al régimen de la responsabilidad a la lista del proyecto de artículo 93, tales como los que regulan la responsabilidad por concepto de contaminación y accidentes. Ahora bien, se formularon ciertas objeciones al respecto, por lo que se sugiere que la revisión que se hiciera a raíz de lo indicado en el párrafo 202 de A/CN.9/526 se ocupara únicamente de los instrumentos relativos a daños nucleares.

CAPÍTULO 20. VALIDEZ DE LAS ESTIPULACIONES CONTRACTUALES

Artículo 94. Disposiciones generales

1. Salvo que el presente Convenio disponga otra cosa, toda estipulación será nula, si:

a) excluye o limita directa o indirectamente alguna de las obligaciones del porteador o de una parte ejecutante marítima, con arreglo al presente Convenio;

b) excluye o limita directa o indirectamente la responsabilidad del porteador o de una parte ejecutante marítima por el incumplimiento de alguna de sus obligaciones con arreglo al presente Convenio; o si

c) hace cesión, al porteador o a alguna persona a la que se haga referencia en el artículo19[286], de algún beneficio del seguro tomado por las mercancías.

[2. Salvo que el presente Convenio disponga otra cosa, toda estipulación será nula, si:

a) excluye, limita [o aumenta] directa o indirectamente las obligaciones del cargador, del consignador, del consignatario, de la parte controladora, del tenedor, o de alguna persona a la que se haga referencia en el artículo 34, a tenor del capítulo 8 del presente Convenio; o si

b) excluye, limita [o aumenta] directa o indirectamente la responsabilidad del cargador, del consignador, del consignatario, de la parte controladora, del tenedor, o de alguna persona a la que se haga referencia en el artículo 34, por el incumplimiento de alguna de sus obligaciones con arreglo al capítulo 8[287].]

Artículo 95. Régimen especial de los contratos por volumen de carga[288]

1. No obstante lo dispuesto en el artículo 94, caso de estar sometidos los términos de un contrato por volumen de carga, con arreglo a lo previsto en el apartado b) del párrafo 3 del artículo 9, al régimen del presente Convenio, dicho contrato podrá estipular deberes, derechos, obligaciones o responsabilidades que sean superiores o inferiores a lo prescrito en el régimen del Convenio, siempre y cuando el contrato por volumen de carga [esté consignado por escrito o por algún medio electrónico], e indique de forma explícita que alguna de sus cláusulas se aparta del régimen del presente Convenio, y siempre que el contrato por volumen de carga:

a) haya sido personalmente negociado; o

b) indique de forma explícita toda sección del mismo en donde se estipule alguna excepción al régimen del presente Convenio[289].

---

[286] Conforme fue aprobado para su ulterior examen en el párrafo 77 de A/CN.9/576.

[287] Conforme fue aprobado en el párrafo 85 de A/CN.9/576, para que se estudiara ulteriormente, una vez examinadas las obligaciones del cargador en el capítulo 8.

[288] Texto enunciado en el párrafo 52 de A/CN.9/576.

[289] Conforme fue aprobado para su ulterior examen en el párrafo 85 de A/CN.9/576.

2. Toda excepción al régimen del Convenio negociada con arreglo a lo previsto en el párrafo 1 deberá ser consignada en el contrato y no podrá ser incorporada a su texto por remisión a algún otro documento[290].

3. [Ninguna lista pública de precios y servicios del porteador, así como] ningún título de transporte, documento electrónico de transporte, u otro documento similar, constituye un contrato por volumen de carga a efectos del párrafo 1, pero todo contrato por volumen de carga podrá incorporar por remisión dichos documentos al texto del contrato[291].

4. El derecho a estipular excepciones al régimen del Convenio, con arreglo al presente artículo, será aplicable a toda cláusula por la que se regulen las remesas enviadas en el marco de un contrato por volumen de carga, en la medida en que dicha cláusula o estipulación se rija por el presente Convenio a tenor de lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 3 del artículo 9[292].

5. El párrafo 1 no será aplicable a:

a) las obligaciones prescritas en los apartados a) y b) del párrafo 1 del artículo 16 [ni a la responsabilidad dimanante del incumplimiento de alguna de esas obligaciones, así como tampoco a la limitación de esa responsabilidad];

[b) los derechos y obligaciones prescritos en los artículos [28], [29], [30], [33] y [66] [, ni a la responsabilidad dimanante del incumplimiento de alguna de esas obligaciones[293].]]

6. El párrafo 1 será aplicable:

a) a la relación entre el porteador y el cargador;

b) a la relación entre el porteador y toda otra parte interesada que haya explícitamente consentido [por escrito o por algún medio electrónico] en quedar obligada por toda cláusula del contrato por volumen de carga que constituya una excepción al régimen del presente Convenio. [Al prestarse dicho consentimiento explícito deberá dejarse constancia de que la parte que lo haya dado fue avisada en términos claros de que el contrato por volumen de carga hacía alguna excepción al régimen del presente Convenio, y ese consentimiento no deberá ser otorgado en [una lista pública de precios y servicios del porteador, ni en] un título de transporte o un documento electrónico de transporte. El porteador deberá asumir la carga de

---

290 Conforme fue aprobado para su ulterior examen en el párrafo 89 de A/CN.9/576.

291 Como se indica en el párrafo 89 de A/CN.9/576, se decidió retener este párrafo en el texto a fin de proseguir su examen.

292 Conforme se aprobó para su ulterior examen en el párrafo 92 de A/CN.9/576.

293 Conforme fue aprobado para su ulterior estudio en el párrafo 99 de A/CN.9/576, atendidas las sugerencias de estilo que se expresaron al incluir otros artículos del proyecto de convenio y la normativa del proyecto de convenio concerniente a la vía judicial y a la vía arbitral; la aclaración de la relación entre el proyecto de artículo 95 5) y ciertos párrafos del proyecto de artículo 94, así como lo dispuesto en otros convenios internacionales de transporte; y la conveniencia de que se examine más a fondo la posibilidad de insertar en alguna regla aparte del proyecto de artículo 95 5) una referencia a la responsabilidad por todo comportamiento doloso o temerario.

probar que se cumplen todos los requisitos para estipular alguna excepción al régimen del Convenio][294].

Artículo 96. Régimen especial aplicable a los animales vivos y otras mercancías[295]

No obstante lo dispuesto en los capítulos 5 y 6 del presente Convenio y las obligaciones del porteador[296], cabrá excluir o limitar, conforme a lo estipulado en el contrato de transporte, la responsabilidad tanto del porteador como de la parte ejecutante marítima, siempre que:

a) las mercancías transportadas sean animales vivos, salvo que se demuestre que la pérdida, el daño o la demora en la entrega sea resultado de algún acto u omisión del porteador [o de alguna persona a la que se haga referencia en el artículo 19] o de una parte ejecutante marítima[297] que se haya realizado temerariamente y a sabiendas de que probablemente sobrevendrían la pérdida, el daño o la demora; o

b) la índole o la condición de las mercancías transportadas o las circunstancias y las condiciones en que se haya de efectuar su transporte sean tales que sea razonable concertar un acuerdo especial al respecto, siempre y cuando toda remesa comercial habitual transportada en el giro normal de un negocio no se vea afectada por dicho acuerdo y siempre que no se emita ningún título de transporte negociable ni ningún documento electrónico de transporte negociable para el transporte de las mercancías.

CAPÍTULO 21. DISPOSICIONES FINALES

Artículo 97. Depositario

El Secretario General de las Naciones Unidas será el depositario del presente Convenio[298].

Artículo 98. Firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión

1. El presente Convenio estará abierto a la firma de todos los Estados [en [...] del [...] al [...] y después de esa fecha] en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York del [...] al [...].

2. El presente Convenio estará sujeto a ratificación, aceptación o aprobación por los Estados signatarios.

3. El presente Convenio estará abierto a la adhesión de todos los Estados que no sean Estados signatarios desde la fecha en que quede abierto a la firma.

---

294 Conforme fue aprobado para su ulterior examen en el párrafo 104 de A/CN.9/576, junto con la sugerencia de que se inserte una referencia a los párrafos 1 a 5 del proyecto de artículo 95 en el encabezamiento del párrafo 6 del proyecto de artículo 95.

295 Texto enunciado en el párrafo 52 de A/CN.9/576.

296 Texto aprobado para su ulterior examen en los párrafos 106 y 109 de A/CN.9/576.

297 Texto aprobado para su ulterior examen en los párrafos 107 y 109 de A/CN.9/576.

298 Texto extraído del artículo 15 del proyecto de convención sobre la contratación electrónica y del artículo 27 de las Reglas de Hamburgo.

4. Los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas[299].

Artículo 99. Reservas

No se podrán hacer reservas al presente Convenio[300].

Artículo 100. Aplicación a las unidades territoriales de los Estados

1. Todo Estado Contratante integrado por dos o más unidades territoriales en las que sea aplicable un régimen jurídico distinto en relación con las materias objeto del presente Convenio podrá declarar, en el momento de dar su firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión al presente Convenio, que este será aplicable a todas sus unidades territoriales, o solo a una o varias de ellas, y podrá en cualquier momento sustituir por otra su declaración original.

2. En esas declaraciones, que deberán notificarse al depositario, se hará constar expresamente a qué unidades territoriales será aplicable el Convenio.

3. Si, en virtud de una declaración hecha conforme a este artículo, el presente Convenio no se aplica a todas las unidades territoriales de un Estado Contratante, y si el establecimiento de una parte se encuentra en ese Estado, a los efectos del presente Convenio se considerará que ese establecimiento no se halla en un Estado Contratante, a menos que se encuentre en una unidad territorial a la que se haga aplicable el Convenio.

4. Si un Estado Contratante no hace ninguna declaración conforme al párrafo 1 del presente artículo, el Convenio será aplicable a todas las unidades territoriales de ese Estado[301].

Artículo 101. Entrada en vigor

1. El presente Convenio entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración del plazo de [un año] [seis meses] contado a partir de la fecha en que haya sido depositado el [vigésimo] [tercer] instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

2. Para cada Estado que llegue a ser Estado Contratante en el presente Convenio después de la fecha en que se haya depositado el [vigésimo] [tercer] instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, el Convenio entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración del plazo de [un año] [seis meses] contado a partir de la fecha en que haya sido depositado el instrumento pertinente en nombre de ese Estado.

---

[299] Texto extraído del artículo 16 del proyecto de convención sobre la contratación electrónica.

[300] Texto extraído del artículo 22 del proyecto de convención sobre la contratación electrónica y del artículo 29 de las Reglas de Hamburgo.

[301] Este texto se ha tomado del artículo 18 del proyecto de convención sobre la contratación electrónica. Véase también el artículo 52 del Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil (Ciudad del Cabo, 16 de noviembre de 2001).

3. Cada Estado Contratante aplicará las disposiciones del presente Convenio a los contratos de transporte que se celebren en la fecha de entrada en vigor del Convenio respecto de ese Estado o después de esa fecha[302].

Artículo 102. Denuncia de otros convenios

1. Todo Estado que ratifique, acepte o apruebe el presente Convenio, o se adhiera a él, y que sea parte en alguno de los siguientes instrumentos o en todos ellos, a saber, el Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque, firmado en Bruselas el 25 de agosto de 1924; el Protocolo firmado el 23 de febrero de 1968 por el que se modifica el Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos, firmado en Bruselas el 25 de agosto de 1924; y el Protocolo por el que se modifica el Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos, modificado por el Protocolo del 23 de febrero de 1968, firmado en Bruselas el 21 de diciembre de 1979; o bien el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, concertado en Hamburgo el 31 de marzo de 1978, deberá denunciar al mismo tiempo, según el caso, los acuerdos internacionales pertinentes a esos efectos.

2. A los efectos de este artículo, las ratificaciones, aceptaciones, aprobaciones y adhesiones formuladas respecto del presente Convenio por Estados partes en los instrumentos enumerados en el párrafo 1 no surtirán efecto hasta que las denuncias que esos Estados deban hacer respecto de esos instrumentos hayan surtido a su vez efecto. El depositario del presente Convenio consultará con el Gobierno de Bélgica, como depositario de otros convenios pertinentes, a fin de lograr la necesaria coordinación a este respecto[303].

Artículo 103. Revisión y enmienda

1. El depositario convocará una conferencia de los Estados Contratantes del presente Convenio, para revisarlo o enmendarlo, si lo solicita, por lo menos, un tercio de los Estados Contratantes.

---

[302] Texto extraído del artículo 30 de las Reglas de Hamburgo. Cabe señalar que el segundo plazo propuesto entre corchetes se ha extraído del artículo 23 del proyecto de convención sobre la contratación electrónica. Por lo general, el momento de la entrada en vigor, que está en función del número requerido de ratificaciones y del período que debe transcurrir una vez depositado el instrumento apropiado, es el momento considerado apropiado para adaptar la práctica comercial al nuevo régimen.

[303] Texto extraído de los párrafos 3) y 6) del artículo 99 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Véanse asimismo el artículo 31 de las Reglas de Hamburgo y el artículo 55 del Convenio de Montreal. El criterio seguido en el Convenio de Montreal es que no se exige una denuncia formal de otros instrumentos, sino que se considera que el Convenio de Montreal prevalece entre los Estados Partes que también lo sean en otros convenios. Como tal, el régimen instaurado entre un Estado Contratante del nuevo convenio examinado y un Estado no contratante seguiría siendo aplicable incluso después de que el nuevo convenio entrara en vigor y hasta que ambos Estados pasaran a ser Estados Contratantes del nuevo convenio.

2. Se entenderá que todo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión depositado después de la entrada en vigor de una enmienda al presente Convenio se aplica al Convenio enmendado[304].

Artículo 104. Enmienda de los límites fijados[305]

1. A reserva del artículo 103, el procedimiento especial enunciado en el presente artículo será únicamente aplicable para la finalidad de modificar la cuantía del límite fijado en el párrafo 1 del artículo 64 del presente Convenio.

2. A instancia de al menos [una cuarta parte[306]] de los Estados Contratantes del presente Convenio[307], el depositario deberá distribuir, a cada uno de los Estados Contratantes[308], toda enmienda propuesta de la cuantía del límite indicado en el párrafo 1 del artículo 64 del presente Convenio, y deberá convocar una reunión de

---

[304] Texto extraído del artículo 32 de las Reglas de Hamburgo. Los procedimientos de enmienda no son comunes en los textos de la CNUDMI, pero las Reglas de Hamburgo contienen una disposición general en el artículo 32 y una disposición especial en el artículo 33 para la revisión de las cuantías de limitación y de la unidad de cuenta. En el proyecto de convención sobre la contratación electrónica, la Comisión decidió no insertar ninguna disposición sobre las enmiendas, dado que los Estados partes en la futura convención podrán iniciar un procedimiento de enmienda en virtud del derecho general de los tratados (por lo general, con una conferencia diplomática y un protocolo de enmienda, como en el caso de la Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías enmendada por el Protocolo del 11 de abril de 1980 Nueva York, 14 de junio de 1974) y, si procede, previo examen por parte de la Comisión. Obsérvese que las disposiciones sobre enmienda del proyecto de artículo 25 y las del proyecto de artículo 103 pueden adoptarse independientemente las unas de las otras.

[305] El texto de este artículo se basa en el párrafo 7 de A/CN.9/WG.III/WP.39, incluidas las notas de pie de página. Tal como se dice en la nota 19 de A/CN.9/WG.III/WP.39, esta propuesta está inspirada en la vía de enmienda enunciada en el artículo 23 del Protocolo de 2002 del Convenio de Atenas (en adelante, "el Convenio de Atenas") y en el artículo 24 del Convenio de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional (en adelante, "el Convenio sobre la Responsabilidad de las Terminales de Transporte"). Se han seguido enfoques similares en ciertos convenios de la Organización Marítima Internacional (OMI), como el Protocolo de 1992 que modifica el Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, de 1969; el Protocolo de 1992 por el que se modifica el Convenio internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos, de 1971; el Protocolo de 2003 correspondiente al Convenio internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos, de 1992 (todavía no en vigor) (en adelante, "el Protocolo de 2003 correspondiente al Convenio Internacional de 1992 sobre un Fondo de Indemnización"); el Protocolo de 1996 de enmiendas al Convenio de 1976 sobre limitación de la responsabilidad nacida de reclamaciones de derecho marítimo; y el Convenio Internacional de 1996 sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas.

[306] Tal como se indica en la nota 21 de A/CN.9/WG.III/WP.39, el párrafo 2) del artículo 23 del Convenio de Atenas habla de "la mitad", y no de "una cuarta parte" de los Estados Contratantes.

[307] Tal como se indica en la nota 22 de A/CN.9/WG.III/WP.39, el párrafo 2) del artículo 23 del Convenio de Atenas precisa "pero en todo caso no menos de seis" de los Estados Contratantes.

[308] Tal como se indica en la nota 24 de A/CN.9/WG.III/WP.39, el párrafo 2) del artículo 23 del Convenio de Atenas menciona asimismo a los Miembros de la OMI.

un Comité compuesto por un representante de cada Estado Contratante para que examine la enmienda propuesta.

3. El Comité así formado deberá reunirse con ocasión del siguiente período de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, y en el lugar donde se celebre dicho período de sesiones.

4. Toda enmienda propuesta deberá ser aprobada por una mayoría de dos tercios de los miembros del Comité que estén presentes y hagan uso de su voto[309].

5. Al ir a dar curso a una propuesta de enmienda de los límites fijados, el Comité deberá tener en cuenta la experiencia dimanante de todo suceso ya acaecido y, en particular, la cuantía de los daños que se hayan otorgado, las oscilaciones en el valor de las monedas y el efecto que pueda tener la enmienda propuesta sobre la prima abonable al seguro[310].

6. a) No se podrá examinar ninguna enmienda de los límites de la responsabilidad, que sea propuesta con arreglo a este artículo, antes de que transcurra un plazo de [cinco[311]] años desde la fecha en que el presente Convenio quede abierto a la firma o antes de que transcurra un plazo de [cinco] años desde la fecha de la entrada en vigor de toda enmienda previa tramitada con arreglo a este artículo.

b) No podrá aumentarse límite alguno por una cuantía superior al [6] % acumulativo anual, calculado a partir de la fecha en que el presente Convenio quede abierto para su firma, de la cuantía fijada para dicho límite en el presente Convenio[312].

c) No podrá aumentarse límite alguno fijado en el presente Convenio por una cuantía superior a la que resulte de multiplicar por [tres] la cuantía de dicho límite[313].

---

[309] Tal como se indica en la nota 25 de A/CN.9/WG.III/WP.39, el párrafo 5) del artículo 23 del Convenio de Atenas dice: "Toda enmienda deberá ser aprobada por una mayoría de dos tercios de los Estados Contratantes del Convenio, en su forma revisada por el presente Protocolo, que estén presentes y hagan uso de su voto en el Comité Jurídico … a reserva de que al menos la mitad de los Estados Contratantes en el Convenio, en su forma revisada por el presente Protocolo, estén presentes en el momento de efectuarse la votación".

[310] Tal como se indica en la nota 26 de A/CN.9/WG.III/WP.39, esta disposición ha sido tomada del párrafo 6) del artículo 23 del Convenio de Atenas. Véase asimismo el párrafo 4) del artículo 24 del Convenio sobre la Responsabilidad de las Terminales de Transporte.

[311] Tal como se indica en la nota 27 de A/CN.9/WG.III/WP.39, en los párrafos 11 y 12 de A/CN.9/WG.III/WP.34 se sugiere un plazo de siete años, en vez de cinco.

[312] Tal como se indica en la nota 28 de A/CN.9/WG.III/WP.39, el Convenio sobre la Responsabilidad de las Terminales de Transporte no contiene ninguna disposición similar. Cabría sugerir, como variante, un texto conforme a lo indicado en los párrafos 11 y 12 de A/CN.9/WG.III/WP.34, que diría: "No podrá aumentarse o reducirse, en un único ejercicio de reajuste, límite alguno consignado en el presente Convenio por una cuantía superior a un 21% del importe de dicho límite".

[313] Tal como se indica en la nota 29 de A/CN.9/WG.III/WP.39, el Convenio sobre la Responsabilidad de las Terminales de Transporte no contiene disposición alguna al respecto. Cabría sugerir, como posible variante, un texto conforme a lo indicado en los párrafos 11 y 12 de A/CN.9/WG.III/WP.34, que dijera: "No podrá aumentarse o reducirse límite alguno fijado en el presente Convenio por una cuantía que exceda, acumulativamente, en más de un 100%, de la cuantía del límite fijado en el Convenio".

7. Toda enmienda aprobada conforme a lo previsto en el párrafo 4 deberá ser notificada por el depositario a todos los Estados Contratantes. La enmienda se tendrá por aceptada al término de un plazo de [18[314]] meses a partir de la fecha de la notificación, salvo que dentro de dicho plazo no menos de [una cuarta parte[315]] de los Estados que sean Estados Contratantes del Convenio en el momento de ser aprobada la enmienda comuniquen al depositario que no aceptan dicha enmienda, en cuyo caso, la enmienda se tendrá por rechazada y no surtirá efecto alguno.

8. Toda enmienda que se tenga por aceptada, a tenor del párrafo 7, entrará en vigor a los [18[316]] meses de su aceptación.

9. Todo Estado Contratante quedará obligado por la enmienda, salvo que denuncie el presente Convenio de conformidad con lo dispuesto en el artículo 105 a más tardar seis meses antes de la entrada en vigor de la enmienda. Esa denuncia surtirá efecto cuando la enmienda entre en vigor.

10. Todo Estado que pase a ser Estado Contratante tras haberse aprobado una enmienda, pero sin que haya expirado aún el plazo de [18] meses previsto para su aceptación, quedará obligado por la enmienda, si esta entra en vigor. Todo Estado que pase a ser Estado Contratante transcurrido ya ese plazo, quedará obligado por toda enmienda del Convenio que haya sido aceptada de conformidad con lo previsto en el párrafo 7. En los supuestos mencionados en el presente párrafo, un Estado quedará obligado por una enmienda al entrar esta en vigor o en el momento en que el presente Convenio entre en vigor en dicho Estado, de suceder esto ulteriormente.

---

[314] Tal como se indica en la nota 30 de A/CN.9/WG.III/WP.39, en los párrafos 11 y 12 de A/CN.9/WG.III/WP.34 se sugiere que el plazo considerado en los párrafos 7, 8 y 10 sea de 12 meses, en vez de los 18 consignados en el presente texto.

[315] Tal como se indica en la nota 31 de A/CN.9/WG.III/WP.39, el párrafo 7 del artículo 24 del Convenio sobre la Responsabilidad de las Terminales de Transporte habla de “al menos un tercio de los Estados que eran Partes”.

[316] En recientes convenios de la OMI se ha reducido este período a 12 meses cuando la urgencia reviste importancia. Véase, por ejemplo, el Protocolo de 2003 correspondiente al Convenio internacional sobre la constitución de un fondo de indemnización de 1992, concretamente el párrafo 8) de su artículo 24.

Artículo 105. Denuncia del presente Convenio

1. Todo Estado Contratante podrá denunciar el presente Convenio en cualquier momento mediante notificación hecha por escrito al depositario.

2. La denuncia surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración del plazo de un año contado desde la fecha en que la notificación haya sido recibida por el depositario. Cuando en la notificación se establezca un plazo más largo, la denuncia surtirá efecto a la expiración de ese plazo, contado desde la fecha en que la notificación haya sido recibida por el depositario[317].

HECHO en [...], el [...] de [...] de [...], en un solo original, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso serán igualmente auténticos.

EN TESTIMONIO DE LO CUAL, los plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos Gobiernos, han firmado el presente Convenio.

---

[317] Texto extraído del artículo 34 de las Reglas de Hamburgo. La segunda oración del párrafo 2 no es estrictamente necesaria, pero figura en las Reglas de Hamburgo y en algunos otros tratados de la CNUDMI, incluido el proyecto de convención sobre la contratación electrónica. En cambio, no figura, por ejemplo, en el artículo 27 del Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear, de 2005 (el último instrumento depositado en poder del Secretario General), cuyo texto es una variante ligeramente modificada y dice lo siguiente:

> "1. Todo Estado Parte podrá denunciar el presente Convenio mediante notificación hecha por escrito al Secretario General de las Naciones Unidas.
> 2. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que la notificación haya sido recibida por el Secretario General de las Naciones Unidas."

J. Preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: entrega: información presentada por la delegación de los Países Bajos, presentado al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 16º período de sesiones

(A/CN.9/WG.III/WP.57) [Original: inglés]

Nota de la Secretaría

En preparación del 16º período de sesiones del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte), el Gobierno de los Países Bajos presentó un documento que se adjunta a continuación como anexo, a fin de facilitar el examen por parte del Grupo de Trabajo del capítulo sobre la entrega, que forma parte del proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías.

La delegación de los Países Bajos ha informado de que ha distribuido oficiosamente entre otras delegaciones el texto del cuestionario que figura en el anexo de la presente nota con la finalidad de recopilar las opiniones de las delegaciones que respondan al cuestionario y para así facilitar las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre el capítulo relativo a la entrega.

El cuestionario que se adjunta como anexo se reproduce a continuación tal como lo recibió la Secretaría.

Anexo

Cuestionario sobre la "entrega"

Observaciones generales

1. En el presente cuestionario oficioso se formulan preguntas sobre el capítulo relativo a la entrega, que forma parte del proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías. No obstante, dado que la entrega supone el punto final de la responsabilidad del porteador, se han incluido también en el cuestionario las disposiciones sobre el período de responsabilidad. Además, se aborda la cuestión del transporte "franco de carga y descarga (y estibado)" ("FIO(S)"). Por último, al final del cuestionario se trata sobre la cuestión de la responsabilidad que tendrían el porteador y el cargador en caso de incumplimiento de sus obligaciones con arreglo a las disposiciones sobre la entrega.

2. En este cuestionario oficioso los textos de las disposiciones se han extraído del documento A/CN.9/WG.III/WP.56, en el que figuran los nuevos textos consolidados en los que se basarán próximamente las deliberaciones del 16º período de sesiones, que el Grupo de Trabajo celebrará en Viena. La numeración del articulado en este cuestionario es la del documento A/CN.9/WG.III/WP.56, que se ha preparado y está en proceso de traducción y publicación. A fin de evitar confusiones se añade a cada artículo entre corchetes la antigua numeración que figuraba en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32.

3. **Artículo 11, párrafos 1, 2 y 4** (anteriormente, artículo 7, párrafos 1, 2 y 3). **Períodos de responsabilidad del porteador**

> **1. A reserva de lo dispuesto en el artículo 12, el porteador será responsable de las mercancías, con arreglo al presente Convenio, desde el momento en que el porteador o una parte ejecutante reciba las mercancías para su transporte hasta el momento en que las mercancías sean entregadas al consignatario.**
>
> **2. El momento y el lugar de recepción de las mercancías serán el momento y el lugar estipulados en el contrato de transporte o, a falta de tal estipulación, el momento y el lugar que sea conforme a la costumbre, las prácticas o los usos del comercio. En ausencia de tal estipulación o de toda costumbre, práctica o uso aplicable, el momento y el lugar de recepción de las mercancías serán el momento y el lugar donde el porteador o una parte ejecutante se haga efectivamente cargo de las mercancías.**
>
> **4. El momento y el lugar de entrega de las mercancías serán el momento y el lugar estipulados en el contrato de transporte, o, a falta de tal estipulación, el momento y el lugar que sea conforme a la costumbre, las prácticas o los usos del comercio. En ausencia de tal estipulación o de toda costumbre, práctica o uso aplicable, el momento y el lugar de entrega de las mercancías serán el momento y el lugar de descarga de las mercancías desde el último medio de transporte en el que se hayan transportado con arreglo al contrato de transporte.**

4. Formular una definición del concepto de entrega no resulta fácil. En algunos ordenamientos se requiere algún acto por parte del consignatario conforme ha recibido efectivamente las mercancías; en otros se considera "entrega", el acto de poner a plena disposición del consignatario las mercancías. Esto último puede efectuarse físicamente o por medio de documentos, como una orden de entrega. A este respecto puede haber muchas variantes. Por esta razón, el proyecto evita definir la entrega y se limita a definir el comienzo y el final del período de responsabilidad del porteador.

5. Esta definición del comienzo y del final del período de responsabilidad es, en principio, una cuestión contractual; lo que es decisivo es lo que las partes hayan convenido en lo que será la recepción de las mercancías y su entrega. Por ejemplo, si en el contrato de transporte figura una disposición que dice: "El consignatario aceptará las mercancías al pie del buque tan pronto como le puedan ser entregadas", la responsabilidad del porteador (con arreglo al contrato de transporte) concluirá una vez que haya depositado las mercancías en el muelle. Cuando no se haya concertado explícita ni implícitamente ninguna cláusula sobre el lugar y el momento de la recepción o de la entrega pero existan ciertas costumbres, prácticas o usos del ramo en el lugar de destino, serán aplicables esas costumbres, esas prácticas o esos usos. Si no es aplicable ninguna costumbre, práctica o usanza, se aplicará una disposición general de derecho supletorio. Así, el hacerse cargo de las mercancías o su descarga efectiva desde el último buque o vehículo en que hayan sido transportadas constituirán el lugar y el momento pertinentes de recepción o entrega. Una de las consecuencias será que el enfoque de la clásica cláusula de "aparejo a aparejo", deberá referirse al alcance del contrato, y no a una exclusión de la responsabilidad del porteador.

6. *Preguntas:*

a) ¿Considera aceptable este enfoque?

b) ¿Tiene alguna sugerencia que formular para mejorar la redacción del texto?

7. **Artículo 11, párrafos 3** (nuevo) **y 5** (anteriormente, párrafo 4 del artículo 7)

3. De exigirse al consignador que entregue las mercancías, en el lugar de recepción, a una autoridad o a otro tercero al que con arreglo a la norma legal o reglamentaria aplicable deba hacerse esa entrega para que el porteador pueda recogerlas, el momento y el lugar en que el porteador recoja las mercancías de manos de esa autoridad o de ese tercero, será tenido por el momento y el lugar de recepción de las mercancías por el porteador con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 2.

5. De exigirse al porteador que entregue las mercancías, en el lugar de entrega, a una autoridad o a otro tercero al que, con arreglo a la norma legal o reglamentaria aplicable, deba hacerse esa entrega para que el consignatario pueda recogerlas, dicha entrega ha de ser tenida por entrega de las mercancías, por el porteador al consignatario, con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 4.

8. En un número limitado de países, las mercancías exportadas deben entregarse a ciertas autoridades antes de que el porteador se haga cargo de ellas, o deben entregarse las mercancías importadas a ciertas autoridades antes de que le sean entregadas al consignatario. Esos párrafos abordan esas situaciones.

9. *Preguntas:*

a) ¿Considera aceptable este enfoque?

b) ¿Tiene alguna sugerencia que formular para mejorar la redacción del texto?

10. **Artículo 11, párrafo 6** (nuevo) **y artículo 14, párrafos 1 y 2** (anteriormente, artículo 11, párrafos 1 y 2)

Artículo 11

6. A efectos de la determinación del período de responsabilidad del porteador y a reserva de lo dispuesto en el artículo 14 2) (anteriormente, 11 2))**, no podrá estipularse en el contrato de transporte que:**

a) el momento de recepción de las mercancías sea posterior al comienzo de la operación inicial de carga con arreglo al contrato de transporte, o que

b) el momento de entrega de las mercancías sea anterior a la ultimación de la operación de descarga definitiva de las mercancías con arreglo al contrato de transporte.

Artículo 14

1. Durante el período de su responsabilidad, definido en el artículo 11 (anteriormente, 7)**, y a reserva de lo dispuesto en el artículo 27** (anteriormente, 8)**, el porteador deberá recibir, cargar, manipular, estibar, transportar, guardar, custodiar, descargar y entregar las mercancías.**

[2. Las partes podrán estipular que las operaciones de carga, estiba y descarga de las mercancías sean efectuadas por el cargador o por alguna de las personas a las que se hace referencia en el artículo 35 (anteriormente, 32) **la parte controladora o el consignatario. Dicha estipulación deberá ser mencionada en los datos del contrato.]**

11. Ante las opiniones expresadas en el Grupo de Trabajo de que el porteador podría abusar de la flexibilidad comercial del artículo 11 (anteriormente, artículo 7) a fin de reducir su período de responsabilidad, la Secretaría ha agregado al artículo 11 un nuevo párrafo 6), en el documento A/CN.9/WG.III/WP.56. Además, ha introducido enmiendas sustanciales en el texto que figuraba entre corchetes en el párrafo 2 del artículo 14. En la nueva versión se dispone expresamente que en el período de responsabilidad deben entrar la carga y la descarga de las mercancías y que las únicas obligaciones que podrá delegar el porteador durante ese período serán la carga, el estibado y la descarga.

12. Con el efecto combinado del nuevo párrafo 6 del artículo 11 y del párrafo 2 enmendado del artículo 14 puede resolverse también el problema de las cláusulas FIO(S). La utilización de esas cláusulas es una práctica muy difundida en algunos sectores de transportes marítimos[1]. No obstante, a diferencia de lo que ocurre con los convenios de transporte terrestre, como el Convenio de Budapest relativo al contrato de transporte de mercancías por vías de navegación interior, de 2000 ("CMNI"), el Convenio de 1956 relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera, enmendado por el Protocolo de 1978 ("CMR") y las Reglas Uniformes relativas al contrato de transporte internacional ferroviario de mercancías, apéndice del Convenio sobre Transporte Internacional por Ferrocarril, enmendado por el Protocolo de Modificación de 1999 ("COTIF"), los convenios existentes de transporte marítimo prevén que la carga y la descarga son obligaciones (automáticas) del porteador. A consecuencia de ello, el derecho actual está, en este aspecto, en conflicto con la práctica establecida.

13. En los distintos ordenamientos este problema se resuelve de diversas maneras. Algunos de ellos adoptan la teoría de que una cláusula de FIO(S) determina el alcance del viaje. Siendo así, se considera que la entrega de las mercancías tiene lugar a bordo del buque. En otros ordenamientos, en cambio, se invocan la excepción del "acto u omisión del cargador" a fin de eximir al porteador de las consecuencias de un estibado inadecuado de la carga. Por otra parte, se considera también que una cláusula FIO(S) está vinculada a los costos de carga, estibado, etc. solo si no repercute en la responsabilidad del porteador. Esta incertidumbre jurídica se ve agravada cuando la propia cláusula FIO(S) no está clara, con el resultado de que a veces distintos jueces de un mismo Estado llegan a diferentes conclusiones.

14. En el proyecto se trata de armonizar las disposiciones previendo en el nuevo párrafo 6 del artículo 11 y en el párrafo 1 del artículo 14 (anteriormente párrafo 1 del artículo 11) que la carga, el estibado y la descarga constituyen obligaciones del porteador que entran dentro de su período de responsabilidad. Subsiguientemente, el párrafo 2 del artículo 14 (anteriormente párrafo 2 del artículo 11) dispone que las cláusulas FIO(S) están legalmente permitidas y deben tenerse por una excepción a esa obligación del porteador. A consecuencia de estas disposiciones, la carga, el estibado y la descarga se hacen entrar en el ámbito del contrato de transporte y, por lo tanto, en el del proyecto de convenio. Una cláusula FIO(S) ya no puede, como tal, determinar el momento de recepción o entrega de las mercancías. Así las cosas, la carga, el estibado y la descarga no van en perjuicio de las demás obligaciones del porteador, como la de diligencia debida. Las demás consecuencias de una cláusula FIO(S) dependerán de su formulación. Si las partes tienen la intención de que la cláusula imponga la responsabilidad de la carga, del estibado y de la descarga al propietario de la carga, un porteador puede verse exonerado de responsabilidad por

---

[1] Esta práctica existe casi exclusivamente en el sector de líneas no regulares, donde los cargadores/consignatarios prefieren a menudo ocuparse ellos mismos de las operaciones de carga y/o descarga porque, por ejemplo, son propietarios de la terminal pertinente o porque tienen especial experiencia en un determinado tipo de mercancías. En tales casos, el importe del flete excluye el costo de la carga y/o de la descarga. De conformidad con el artículo 10 (anteriormente, párrafo 4 del artículo 2), la aplicación del presente Convenio puede hacerse extensiva a los servicios de transportes no regulares, razón por la cual en el proyecto se presta atención a esta cuestión.

las consecuencias de un estibado inadecuado, pero únicamente dentro del ámbito del régimen de la responsabilidad enunciado en el artículo 17 (anteriormente, artículo 14). En dicho artículo se mantiene la excepción por 'acto u omisión del cargador', pero ahora esa excepción rige en el contexto de otra división de la carga de la prueba, distinta de la que se hace en las Reglas de La Haya-Visby, entre el porteador y el demandante.

15. *Preguntas*:

a) *Tras las revisiones hechas por la secretaría, ¿resulta aceptable la manera en que el proyecto de convenio regula la existencia de las cláusulas FIO(S)?*

b) *¿Tiene alguna sugerencia que formular para mejorar la redacción del texto?*

16. **Artículo 46. Obligación de aceptar la entrega**

Cuando las mercancías hayan llegado a su punto de destino, el consignatario [que ejercite cualquiera de sus derechos con arreglo al contrato de transporte] deberá aceptar la entrega de las mercancías en el momento y lugar a que se hace referencia en el artículo 11 4) (anteriormente, 7 3))**. [Si el consignatario, infringiendo esta obligación, deja las mercancías bajo la custodia del porteador o de la parte ejecutante, el porteador o la parte ejecutante actuarán respecto de las mercancías en calidad de agentes del consignatario, pero sin responsabilidad alguna por la pérdida o daño de esas mercancías, salvo que dicha pérdida o daño resulte de algún acto u omisión personal del porteador [o de la parte ejecutante] efectuado con la intención de causar dicha pérdida o dicho daño, o con negligencia temeraria y a sabiendas de que era probable que de ello resultara dicha pérdida o daño].**

17. De conformidad con el artículo 13 (anteriormente, artículo 10), el porteador está obligado a entregar las mercancías al consignatario. Además, según la definición del párrafo k) del artículo 1 (anteriormente, párrafo i) del artículo 1), el consignatario es la persona que tiene derecho a que se le haga entrega de las mercancías. Se plantea, por tanto, el problema de hasta qué punto debe permitirse que un consignatario *no* se haga cargo de las mercancías. A este respecto, el texto del proyecto, incluidas las palabras que figuran entre corchetes, dispone que únicamente el consignatario que no intervenga activamente en el transporte no podrá hacerse cargo de las mercancías. A partir del momento en que intervenga activamente, deberá hacerse cargo de ellas. Esto es aplicable incluso cuando un consignatario tome muestras de las mercancías y posteriormente decida rechazarlas invocando el contrato de compraventa. De conformidad con el artículo 86 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos Internacionales de Compraventa de Mercaderías, ese consignatario, al hacerse cargo de las mercancías entregadas por el porteador, lo hace en nombre del vendedor. El consignatario inactivo, como por ejemplo el tenedor bancario de un conocimiento de embarque utilizado como garantía, no está obligado a hacerse cargo él mismo de las mercancías, pero puede tener que adoptar medidas con arreglo a los artículos 48 o 49.

18. En los debates del Grupo de Trabajo se ha planteado la cuestión de si la obligación del consignatario debería ser incondicional. Por otra parte, una obligación incondicional tal vez haría que resultara demasiado fácil desprenderse de

mercaderías que hayan perdido todo su valor comercial. También ha sido objeto de debate el grado de actividad del consignatario a partir del cual tendrá la obligación de aceptar las mercancías. A este respecto se señala lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 62 (anteriormente, párrafo 3 del artículo 60), que limita el grado de actividad a fin de que el tenedor de un documento de transporte negociable deba asumir responsabilidades[2].

19. *Preguntas:*

a) ¿Considera aceptable el enfoque enunciado en la primera frase del artículo 49, incluidas las palabras que figuran entre corchetes, o debería ser incondicional la obligación del consignatario de aceptar la entrega de las mercancías?

b) Si ese enfoque es aceptable, ¿deberían especificarse otras condiciones para que el consignatario pudiera ejercer alguno de sus derechos, por ejemplo, las enunciadas en el párrafo 3 del artículo 62 (anteriormente, párrafo 3 del artículo 60)?

20. La segunda frase de este artículo, relativa a la responsabilidad, se aborda en los párrafos 46 a 48 del presente cuestionario.

21. **Artículo 47. Obligación de acusar recibo**

De solicitarlo el porteador o la parte ejecutante que haga entrega de las mercancías, el consignatario deberá acusar recibo de las mercancías entregadas por el porteador o por la parte ejecutante en la forma que sea habitual en el lugar de destino.

Esta disposición fue considerada generalmente aceptable por las delegaciones del Grupo de Trabajo y, por consiguiente, no resulta necesario formular preguntas específicas al respecto en este cuestionario.

22. **Artículo 48. Entrega en caso de no haberse emitido ni título de transporte negociable ni documento electrónico de transporte negociable**

De no haberse emitido ni título de transporte negociable ni documento electrónico de transporte negociable, será aplicable lo dispuesto en los apartados siguientes:

a) Caso de que no figure entre los datos del contrato, el nombre y la dirección del consignatario, la parte controladora deberá comunicar al porteador dichos datos antes de que las mercancías lleguen a su lugar de destino o a la llegada de las mismas a dicho lugar;

---

[2] Esta disposición dice: "... todo tenedor que no sea el cargador, que no habrá ejercitado derecho alguno nacido del contrato de transporte, por la sola razón de que:

a) convenga con el porteador, con arreglo al artículo 7 (anteriormente, 4) en sustituir un título de transporte negociable por un documento electrónico de transporte negociable o, a la inversa, un documento electrónico de transporte negociable por un título de transporte negociable, o de que

b) transfiera sus derechos con arreglo al artículo 61 (anteriormente, 59)".

b)

Variante A del apartado b)

El porteador deberá hacer entrega al consignatario de las mercancías en el momento y el lugar mencionados en el artículo 11 4) (anteriormente, 7 3)) **al serle presentado por el consignatario algún medio de identificación adecuado.**

Variante B del apartado b)

El porteador deberá hacer entrega al consignatario de las mercancías en el momento y lugar mencionados en el artículo 11 4) (anteriormente, 7 3))**. El consignatario deberá presentar algún medio de identificación adecuado como requisito previo para poder reclamar la entrega.**

Variante C del párrafo b)

El porteador deberá hacer entrega al consignatario de las mercancías en el momento y el lugar mencionados en el artículo 11 4) (anteriormente 7 3))**. El porteador podrá denegar la entrega al consignatario si este no presenta algún medio de identificación adecuado.**

c) De no reclamar el consignatario al porteador la entrega de las mercancías, tras su llegada al lugar de destino, el porteador deberá informar al respecto a la parte controladora o, caso de no haber podido identificarla tras una gestión razonable a dicho fin, deberá informar al cargador. De haber obrado así, la parte controladora o el cargador deberá darle instrucciones en lo concerniente a la entrega de las mercancías. En el supuesto de que, tras una gestión razonable al respecto, el porteador no haya conseguido identificar y encontrar ni a la parte controladora ni al cargador, para los fines del presente apartado se considerará a la persona a la que se hace referencia en el artículo 34 (anteriormente, 31) **como cargador de las mercancías. El porteador que haga la entrega de las mercancías a instancia de la parte controladora o del cargador, conforme a lo dispuesto en el presente apartado, quedará liberado de su obligación de hacer entrega de las mercancías con arreglo al contrato de transporte.**

23. Este artículo regula el supuesto en que no se haya emitido ningún documento negociable o, por ejemplo, en situaciones de comercio electrónico, cuando no se ha emitido ningún documento en absoluto. El artículo enuncia el principio de que la parte controladora (que en esas situaciones es muchas veces el cargador) está obligada a garantizar que el porteador podrá entregar las mercancías. El Grupo de Trabajo ya hizo suyo este enfoque. La única cuestión pendiente de aclaración es la de si un porteador que esté obligado a entregar las mercancías conforme al artículo 13 (anteriormente, artículo 10) podría negarse a ello si el consignatario que reclamara la entrega no pudiera presentar la debida identificación. Se consideró que el proyecto de texto requería una aclaración al respecto y la secretaría ha propuesto dos variantes que pueden resolver la cuestión.

24. *Pregunta: ¿Prefiere la variante A (el texto original), la variante B o la variante C?*

25. **Artículo 49. La entrega, caso de haberse emitido un título de transporte negociable o un documento electrónico de transporte negociable**

De haberse emitido un título de transporte negociable o un documento electrónico de transporte negociable, serán aplicables los siguientes párrafos:

a) i) A reserva de lo dispuesto en el artículo 46, el tenedor de un título de transporte negociable tendrá derecho a reclamar al porteador la entrega de las mercancías una vez que hayan llegado a su lugar de destino, en cuyo caso el porteador deberá entregarlas a dicho tenedor en el momento y el lugar mencionados en el artículo 11 4) (anteriormente, 7 3)) **previa devolución por este del título de transporte negociable. En el supuesto de que se haya emitido más de un original de dicho título, bastará con devolver uno solo, ya que los demás originales dejarán de tener todo efecto o validez.**

ii) A reserva de lo dispuesto en el artículo 46, el tenedor de un documento electrónico de transporte negociable tendrá derecho a reclamar al porteador la entrega de las mercancías, en cuyo caso el porteador hará entrega de las mercancías, en el momento y el lugar a los que se hace referencia en el artículo 11 4 (anteriormente, 7 3)) **a dicho tenedor, si este demuestra, de conformidad con los procedimientos a los que se hace referencia en el artículo 6, ser el tenedor del documento electrónico de transporte. A raíz de dicha entrega, el documento electrónico de transporte dejará de tener todo efecto o validez.**

26. El problema que se plantea aquí es el conocimiento de embarque. Este documento proporciona una garantía a su tenedor al otorgarle el derecho exclusivo a hacerse cargo de las mercancías en el lugar de destino. Además, el conocimiento de embarque garantiza al porteador que, si entrega las mercancías al tenedor del conocimiento de embarque, quedará exento de su obligación de hacer la entrega. Ahora bien, estas funciones primordiales del conocimiento solo pueden cumplirse si este documento está disponible en el lugar de destino. En caso contrario, puede producirse inseguridad para ambas partes. Para resolver el problema, el proyecto de convenio empieza por enunciar en este párrafo que el tenedor del conocimiento de embarque tendrá derecho a hacerse cargo de las mercancías, previa presentación de dicho conocimiento, pero no estará obligado a ello. Y, en tal caso, el porteador estará obligado a efectuar la entrega. Este enfoque se atiene a la práctica normal que actualmente se sigue.

27. **Artículo 49**

b) Si el tenedor no reclama del porteador la entrega de las mercancías, una vez que hayan llegado a su lugar de destino, el porteador deberá informar de ello a la parte controladora o, si no ha conseguido, tras una gestión razonable a dicho fin, identificar o encontrar a la parte controladora, deberá informar al cargador. En dicho caso, la parte controladora o el cargador deberán dar instrucciones al porteador para la

entrega de las mercancías. En el supuesto de que, tras una gestión razonable, el porteador no haya conseguido identificar y encontrar ni a la parte controladora ni al cargador, para los fines del presente párrafo se tendrá por cargador a la persona a la que se hace referencia en el artículo 34 (anteriormente, 31)**.**

28. Cuando el conocimiento de embarque no está disponible en el lugar de destino de las mercancías, o cuando el tenedor del conocimiento no quiere hacerse cargo de las mercaderías, se aplica el mismo principio que en el artículo anterior: la parte controladora tiene la obligación primordial de cuidar de que el porteador esté en condiciones de cumplir su obligación de entregar las mercancías conforme al contrato de transporte. La parte controladora es la parte interesada en las mercancías y puede haber que requerir que dicha parte proteja sus intereses. Puede ocurrir que la parte controladora no establezca contacto con el porteador y/o no pueda ser localizada por este. En tal supuesto, el cargador, al ser la contraparte contractual original del porteador, debe asumir la responsabilidad de informar al porteador sobre la entrega. El cargador debe tratar de localizar a la persona a la que debería efectuarse la entrega o, de fracasar en su intento, puede asumir la responsabilidad de efectuar él mismo una entrega apropiada, por ejemplo, solicitando al porteador que almacene las mercancías en su nombre. Si el cargador no cumple con esta obligación, puede incurrir en responsabilidad. Por lo que respecta a la pauta de responsabilidad, véanse los párrafos 49 a 53 del cuestionario.

29. **Artículo 49**

c) [Pese a lo dispuesto en el párrafo d),] el porteador que haga entrega de las mercancías a raíz de una orden recibida de la parte controladora o del cargador, de conformidad con lo dispuesto en el apartado b), quedará liberado de su obligación nacida del contrato, de hacer entrega de las mercancías al tenedor, con independencia de que le haya sido devuelto el título de transporte negociable o de que la persona que reclame la entrega en virtud de un documento electrónico de transporte negociable consiga demostrar, de conformidad con los procedimientos a que se hace referencia en el artículo 6, que él es el tenedor.

30. Cuando el porteador haga entrega de las mercancías, en principio, siguiendo las instrucciones de la parte controladora, el porteador queda liberado de su obligación de entregar las mercancías al consignatario conforme al contrato de transporte. No obstante, si no puede localizarse al tenedor del conocimiento de embarque (en cuyo caso el cargador debe dar instrucciones al porteador sobre la entrega), es de prever que no se presentará el conocimiento de embarque. Se plantea entonces la cuestión de qué derechos van asociados a dicho conocimiento de embarque una vez entregadas las mercancías por el porteador. Esta cuestión se aborda en el párrafo d) que figura a continuación.

31. **Artículo 49**

Variante A del apartado d)

d) [A reserva de lo dispuesto en el apartado c),] de efectuar el porteador la entrega de las mercancías en el lugar de destino sin que le haya sido devuelto el título de transporte negociable o sin que el tenedor del documento electrónico de transporte haya efectuado la demostración

mencionada en el apartado a) ii), toda persona que pase a ser tenedor, una vez que el porteador haya hecho entrega de las mercancías al consignatario o a alguna persona con derecho a dicha entrega en virtud de un arreglo contractual o de otra índole, distinto del contrato de transporte, adquirirá derechos [frente al porteador] en el marco del contrato de transporte únicamente si: i) el traspaso del título del transporte negociable o del documento electrónico de transporte negociable se efectuó en virtud de un arreglo convencional o de otra índole concertado antes de la mencionada entrega de las mercancías; o si ii) salvo que dicha persona, cuando pasó a ser el tenedor, no tuviera ni pudiera haber tenido razonablemente conocimiento de dicha entrega. [El presente párrafo no será aplicable si el porteador efectuó la entrega de las mercancías con arreglo a lo dispuesto en el apartado c).]

32. Este párrafo regula dos supuestos. El primero de ellos es el caso en que existe un tenedor del conocimiento de embarque que lo adquirió una vez efectuada la entrega por el porteador, pero no conforme al contrato de transporte sino con arreglo a un acuerdo contractual previo a la entrega. Esta persona, según un caso típico, puede ser un comprador intermedio que forma parte de una cadena de compradores y vendedores a lo largo de la cual el conocimiento de embarque no se transmite con la suficiente rapidez para que llegue a tiempo al lugar de destino. Si ese comprador intermedio pasa a ser un tenedor del conocimiento de embarque después de que el porteador haya entregado las mercancías al comprador final, el comprador intermedio pierde el derecho a la entrega, pero puede haber adquirido un derecho a demandar al porteador cuando este haya incurrido en responsabilidad por haber perdido las mercancías o por los daños que estas hayan sufrido.

33. El otro supuesto es el que puede darse cuando una parte "inocente", es decir, una persona que no tiene o no puede haber tenido conocimiento de la entrega, haya adquirido de buena fe el conocimiento de embarque. Esa persona estará protegida y podrá invocar el contenido del conocimiento de embarque, incluido el derecho a la entrega de las mercancías. No es fácil dar un ejemplo típico de este caso porque, supuestamente, cuando todas las partes que intervienen en una operación comercial actúan con diligencia (y honradez), tal situación no debería producirse. Sin embargo, es evidente que no puede excluirse, razón por la cual ha sido prevista en el texto.

34. En el Grupo de Trabajo se objetó que este párrafo no era lo suficientemente claro. Se sugirió que se aclarara la relación entre este párrafo y el anterior. Así pues, la Secretaría formuló la siguiente opción para paliar la cuestión: el apartado d) en esta variante es complementario del apartado c), y el apartado e) prevalece sobre los apartados c) y d).

35. **Artículo 49**

Variante B del apartado d), que fusiona d) y e)

d) De entregarse las mercancías con arreglo al apartado c), toda persona que pase a ser tenedor una vez que el porteador haya hecho entrega de las mercancías al consignatario o a alguna persona con derecho a dicha entrega en virtud de un arreglo contractual o de otra índole, distinto del contrato de transporte, adquirirá derechos nacidos del

contrato de transporte, frente al porteador, salvo el derecho a la entrega de las mercancías, pero únicamente cuando el traspaso del título del transporte negociable o del documento electrónico de transporte negociable se haya efectuado a raíz de un acuerdo conceptual o de otra índole concertado con anterioridad a la entrega de las mercancías.

e) No obstante lo dispuesto en los apartados c) y d), todo tenedor que no haya tenido o que no pueda haber tenido conocimiento de dicha entrega en el momento en que pasó a ser tenedor, adquirirá todo derecho incorporado al título de transporte negociable o al documento electrónico de transporte negociable.

36. El Grupo de Trabajo en su conjunto apoyó en general el artículo 49. Según la opinión en general, el problema de la entrega sin presentación de un conocimiento de embarque debe resolverse. Las prácticas comerciales han debilitado el sistema de los conocimientos de embarque y debería tratarse de remediar el problema por el bien de los porteadores y también de los propietarios de la carga. No obstante, se advirtió que, a fin de establecer un buen equilibrio entre los distintos derechos y obligaciones, debe examinarse detenidamente el problema, a fin de que haya un equilibrio justo y de que se llegue a soluciones viables.

37. *Preguntas:*

a) ¿La variante B le parece mejor que el proyecto original de apartado d)?

b) ¿Considera que el artículo 49 establece un justo equilibrio entre los distintos derechos y obligaciones?

c) ¿Estima viable el enfoque del artículo 49?

d) ¿Tiene alguna sugerencia que formular para mejorar el texto?

38. **Artículo 50** (anteriormente, párrafo e) del artículo 49). **Incumplimiento de la obligación de dar las instrucciones debidas**

De no haber dado la parte controladora o el cargador las instrucciones debidas al porteador con arreglo a los artículos 48 y 49 o de no ser posible encontrar ni a la parte controladora ni al cargador, el porteador, sin perjuicio de ningún otro recurso de que disponga frente a la parte controladora o al cargador, podrá ejercitar sus derechos conforme a lo previsto en los artículos 51, 52 y 53 (anteriormente, 50, 51 y 52)**.**

39. El Grupo de Trabajo consideró esta disposición generalmente aceptable y, por consiguiente no se han formulado preguntas concretas al respecto en este cuestionario.

40. **Artículo 51** (anteriormente, 50). **Imposibilidad de efectuar la entrega**

1. El porteador podrá ejercitar los derechos y recursos a que se hace referencia en el párrafo 2 por cuenta y riesgo de la persona que tenga derecho a que se le haga entrega de las mercancías, si las mercancías han llegado al lugar de destino y:

a) Si el consignatario no aceptó efectivamente la entrega de las mercancías con arreglo a lo previsto en el presente capítulo en el momento y en el lugar a que se hace referencia en el artículo 11 4) (anteriormente, 7 3)) **[y si no se ha concertado ningún contrato explícito o implícito entre el**

porteador o la parte ejecutante y el consignatario en lo concerniente a la custodia de las mercancías]; o

b) Si el porteador no está autorizado, conforme a la normativa legal o reglamentaria aplicable, a hacer entrega al consignatario de las mercancías,

2. Los derechos y recursos a que se hace referencia en el párrafo 1, son:

a) almacenar las mercancías en algún lugar adecuado;

b) desembalar las mercancías si se encuentran en contenedores, o tomar toda otra medida que, en opinión del porteador, venga razonablemente impuesta por las circunstancias; o

c) hacer que las mercancías se vendan de conformidad con las prácticas, o las prescripciones legales o reglamentarias, del lugar donde las mercancías se encuentren en dicho momento.

3. De venderse las mercancías con arreglo a lo previsto en el párrafo 2 c), el porteador deberá conservar el producto de la venta en provecho de la persona que tenga derecho a la entrega de las mercancías, a reserva de toda deducción por concepto de todo otro gasto que hayan ocasionado las mercancías y de toda otra suma que le sea debida a título de porteador.

41. Las delegaciones del Grupo de Trabajo expresaron en general su apoyo al enfoque adoptado en esta disposición. Por lo tanto, quedaba pendiente la parte que figuraba entre corchetes que, en opinión de algunos delegados, resultaba algo confuso.

42. *Preguntas:*

a) ¿Considera que deberían mantenerse en el texto las palabras que figuran entre corchetes en el apartado a)?

b) En caso afirmativo, ¿tiene alguna sugerencia que formular para mejorar el texto?

43. **Artículo 52** (anteriormente, 51). **Notificación de llegada a su lugar de destino**

El porteador podrá hacer uso del derecho mencionado en el artículo 51 únicamente tras haber notificado, con antelación razonable, de la llegada de las mercancías a su lugar de destino, a la persona indicada en los datos del contrato, de haberse indicado alguna, como persona a la que se haya de notificar dicha llegada, o al consignatario, o si no a la parte controladora o al cargador.

44. Este artículo dispone que el porteador debe procurar evitar toda situación en que el consignatario no vaya a reaccionar adecuadamente.

45. *Preguntas:*

a) ¿Considera aceptable este enfoque?

b) ¿Tiene alguna sugerencia que formular para mejorar la redacción del texto?

46. **Artículo 53** (anteriormente, 52)). **Responsabilidad del porteador por mercancías que no haya podido entregar**

> **Al ejercer alguno de sus derechos mencionados en el artículo 51 2)** (anteriormente, 50 2))**, el porteador o una parte ejecutante será responsable por la pérdida o el daño sufrido por las mercancías, solamente si dicha pérdida o dicho daño se deben [a un acto u omisión del porteador o de la parte ejecutante que se haya cometido con intención de causar dicha pérdida o dicho daño o con negligencia temeraria y a sabiendas de que se ocasionaría probablemente dicha pérdida o dicho daño].**

47. En este artículo y en la segunda frase del artículo 46 se regula la responsabilidad del porteador en caso de pérdida de las mercancías o de daños sufridos por ellas cuando dichas mercancías no puedan ser entregadas. La principal cuestión que se plantea es el grado de responsabilidad que debe fijarse para el porteador en tales circunstancias. Estas circunstancias pueden ser, por ejemplo, en derecho interno, el "incumplimiento por parte del acreedor" (cuando el consignatario sea el acreedor del porteador), la situación de un "agente (o depositante de fianza) por necesidad" (cuando el porteador sea ese agente o depositante) y supuestos similares. En esas circunstancias especiales, el grado de responsabilidad de una persona que tenga un determinado deber de custodia de las mercancías suele ser inferior al que tendría en circunstancias normales.

48. *Preguntas:*

a) ¿Considera que deberían fundirse en una única disposición los textos relativos a la responsabilidad del porteador enunciados en los artículos 46 y 53 (anteriormente 52)?

b) En caso de fusión de dichos artículos, ¿cuál sería a su juicio el grado aceptable de responsabilidad del porteador en caso de pérdida de las mercancías o de daños sufridos por estas en las circunstancias enunciadas en los artículos 46 y 51 (anteriormente artículo 50)?

c) Si prefiere que no se unan los dos artículos, sírvase indicar el grado de responsabilidad que preferiría para cada tipo de situación.

49. **Responsabilidad del porteador y del cargador por el incumplimiento de una obligación derivada del Convenio que aún no se haya abordado**

50. El capítulo 10 no tiene la pretensión de aportar soluciones a todos los posibles problemas relacionados con la entrega. El capítulo se centra en el principal problema, a saber el de que las mercancías lleguen a su lugar de destino sin que haya nadie para hacerse cargo de ellas o haya un consignatario que no esté dispuesto a que le sean entregadas. Más adelante, en el capítulo se fija la posición jurídica del porteador y del consignatario en tales supuestos. Cabría añadir al texto una o varias disposiciones en que se enunciara el grado de responsabilidad del porteador y del cargador cuando uno de ellos incumpla alguna de sus obligaciones en lo que respecta a la entrega. Tal incumplimiento puede dar lugar a una reclamación en virtud del proyecto de convenio.

51. La obligación del porteador de entregar las mercancías al consignatario se regula en el artículo 13 (anteriormente, artículo 10). ¿Qué ocurre si el porteador no entrega las mercancías a la persona que tenga derecho a hacerse cargo de ellas? El capítulo 6 (anteriormente, capítulo 5) solo es aplicable a la pérdida de las

mercancías, a los daños sufridos por ellas o a la demora en su entrega, pero no, por ejemplo, a la falta de entrega ¿Debería el proyecto de convenio contener una disposición en la que se fijara el grado de responsabilidad del porteador por actos de incumplimiento del proyecto de convenio que no consistieran en haber causado la pérdida de las mercancías, los daños sufridos por ellas o la demora en su entrega? Esta disposición (que no debería necesariamente insertarse en el capítulo 10) podría prever una responsabilidad basada en una falta, con la inversión de la carga de la prueba, similar a la disposición relativa a la responsabilidad del cargador en el párrafo 1 del artículo 31 (anteriormente, párrafo 1 del artículo 29). Suponiendo, por ejemplo, que el plazo y la limitación de la responsabilidad sean aplicables a *cualquier* demanda contra el porteador con arreglo al proyecto de convenio, puede resultar más bien lógico que se fije el grado de responsabilidad del porteador también por actos que no tengan como consecuencia la pérdida, los daños o la demora en la entrega de las mercancías.

52. Puede plantearse un problema similar en lo relativo a la responsabilidad del cargador. En virtud del capítulo 8 (anteriormente, capítulo 7), la responsabilidad del cargador se limita a los incumplimientos del artículo 28 (anteriormente 25) y del párrafo a) del artículo 30 (anteriormente, 27 a)). ¿Convendría hacer extensivo este grado de responsabilidad, por ejemplo, al incumplimiento por parte del cargador de su obligación de aceptar la entrega conforme al artículo 46, o, adoptando un criterio más estricto, a cualquier incumplimiento de obligaciones derivadas del proyecto de convenio, siempre que la responsabilidad del cargador no se regule en alguna otra disposición (como el de responsabilidad objetiva prevista en el párrafo 2 del artículo 31 (anteriormente, párrafo 2 del artículo 29))?

53. *Preguntas*:

a) *¿Considera que el proyecto de convenio debería contener una disposición general que regulara la responsabilidad del porteador por el incumplimiento de <u>cualquiera</u> de las obligaciones que se deriven del proyecto de convenio y que fuera aplicable en la medida en que su responsabilidad no estuviera ya regulada en otras disposiciones (como en el capítulo 6 (anteriormente, capítulo 5) y en el artículo 53 (anteriormente, artículo 52))? ¿O debería dejarse esta cuestión al arbitrio del derecho interno?*

b) *¿Considera que en el proyecto de convenio debería hacerse extensiva la disposición sobre la responsabilidad del cargador enunciada en el párrafo 1 del artículo 31 (anteriormente, párrafo 1 del artículo 29) al incumplimiento de <u>cualquiera</u> de las obligaciones que tiene el cargador en virtud del proyecto de convenio y que fuera aplicable en la medida en que la responsabilidad del cargador no estuviera regulada en otras disposiciones? ¿O debería dejarse esa cuestión al arbitrio del derecho interno?*

K. Preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: propuesta de los Estados Unidos de América, presentada al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 16º período de sesiones

(A/CN.9/WG.III/WP.58) [Original: inglés]

Nota de la Secretaría

Como preparativo para el 16º período de sesiones del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte), durante el cual está previsto que el Grupo de Trabajo prosiga su segunda lectura del proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías a la luz del texto publicado en la nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.III/WP.56), el Gobierno de los Estados Unidos de América presentó, el 15 de noviembre de 2005, una propuesta concerniente a la inclusión eventual del término "puerto" en el texto del artículo 75 del proyecto de convenio, en su capítulo dedicado a la vía judicial, para que fuera examinada por el Grupo de Trabajo. El texto de esa propuesta se reproduce en el anexo de la presente nota conforme fue recibido por la Secretaría.

Anexo

Ventajas de incluir el término "puertos" en el artículo 75

1. En su forma actual, el texto del apartado c) del artículo 75, por el que se faculta a un demandante para ejercitar su acción frente al porteador tanto en el puerto de carga de las mercancías como en el de descarga, figura entre corchetes. Los Estados Unidos estiman que ese texto debería ser retenido, por lo que procedería quitar los corchetes entre los que fue colocado[1].

2. Procede, por ello, que describamos el contexto en el que esta cuestión puede resultar más significativa[2]. Para una operación de transporte tradicional de puerto a puerto el puerto de carga será el lugar de recepción de las mercancías y el puerto de descarga el lugar de su entrega. En este contexto, el artículo 75 c) carecería en general de toda relevancia dado que los puertos designados serían los mismos que los designados a tenor del artículo 75 b)[3]. Esta cuestión será únicamente relevante cuando el puerto de carga de las mercancías no corresponda al lugar de recepción de las mismas o cuando el puerto de descarga de las mercancías difiera del lugar de entrega definitiva de las mismas. Esta cuestión será por ello importante en los contratos de puerta a puerta de entrega (y, en menor medida, en los contratos de puerto a puerta de entrega y de puerta a puerto de entrega).

3. Cuando las partes hayan concertado un contrato de puerta a puerta, las dos tendrán, no obstante, interés en que tanto el puerto de carga como el puerto de descarga sean un foro elegible. La ventaja para el titular de la carga es evidente. Si un propietario de la carga desea demandar al porteador en uno de los puertos utilizados, dicha persona tendrá interés en que ambos foros sean elegibles, e incluso si no desea interponer su acción frente al porteador en un puerto, siempre podrá hacerlo ante algún otro foro competente (por lo que la inclusión de los puertos en la lista no le habrá perjudicado en nada).

---

[1] Se trata de la postura que ya defendimos en los párrafos 30 y 31 de A/CN.9/WG.III/WP.34. En la presente monografía explicaremos nuestro análisis con más detalle.

[2] Procede además recordar que esta cuestión perdería su relevancia en la medida en que los tribunales reconozcan plenamente toda cláusula por la que las partes designen un foro al que atribuyan competencia exclusiva sobre su contrato. Con arreglo a la propuesta de los Estados Unidos, toda cláusula de selección contractual del foro competente estipulada en un contrato por volumen de carga sería ejecutoria y válida frente a terceros en cierto número de supuestos. En ese contexto, poco importaría cuáles serían los lugares indicados en la lista del artículo 75. (La propuesta de los Estados Unidos sobre esta cuestión fue inicialmente presentada en los párrafos 34 y 35 de A/CN.9/WG.III/WP.34. Puede verse una versión modificada o conciliadora de esa propuesta en el artículo 95 de A/CN.9/WG.III/WP.56. El artículo 76 de A/CN.9/WG.III/WP.56 (que los Estados Unidos no aceptan en su forma actual) se ocupa también de la validez de las cláusulas de selección de un foro con competencia exclusiva.

[3] Cabría prever alguna divergencia si se limita el alcance del artículo 75 b) a los lugares "contractualmente" designados y si el artículo 75 c) se refiere únicamente a los puertos de carga y descarga efectiva. Los Estados Unidos no tienen nada que objetar a que se revise el texto del artículo 75 c) para hacerlo aplicable a todo puerto contractualmente designado. En la práctica, los conocimientos de embarque multimodales en uso suelen indicar los puertos de carga y descarga previstos.

4. Las ventajas que ello pueda reportar al porteador son menos evidentes pero igualmente ciertas. Aun cuando el porteador prefiera no ser demandado en ningún caso (o, caso de serlo, ser demandado en el lugar designado en la cláusula contractual de selección del foro competente, véase la nota 2 *supra*) caso de que vaya a ser demandado ante el foro del demandante, el porteador preferirá en general ser demandado en el propio puerto por donde pasaron las mercancías y no en algún lugar alejado de la costa en donde un agente haya recogido inicialmente las mercancías o las haya entregado. El incluir a los puertos en la lista del artículo 75 no garantiza que la acción será interpuesta en el puerto de carga o descarga, pero excluir a los puertos de la lista del artículo 75 haría imposible la apertura de un juicio ante el foro competente de un puerto. De no figurar los puertos en la lista, las dos partes podrían verse obligadas a litigar ante el foro competente de algún lugar alejado del puerto donde sucedieron los hechos, pese a que una y otra parte tal vez prefieran que la causa sea ventilada ante el foro competente de ese puerto.

5. Existen diversas razones prácticas por las que ambas partes preferirán a menudo litigar en un puerto en vez de ante un tribunal del interior del país. De hecho, lo más probable es que los daños se produzcan en un puerto, dado que la manipulación de la que es objeto la carga ocasiona a veces daños a las mercancías. Aun cuando cabe que la carga sea perdida en la mar (o dañada en el descarrilamiento de un tren o en la colisión de un camión), lo más frecuente es que todo daño registrado en las mercancías haya sido ocasionado o en la operación de carga o en la de descarga. Aun cuando la carga no esté siendo manipulada, es más probable que las mercancías sean robadas del almacén de una terminal (normalmente situada en una zona portuaria) que navegando a bordo de un buque en alta mar o en el interior de un tren o camión en marcha. De haberse perdido o dañado la carga en un puerto, lo más conveniente para toda parte interesada será que la disputa se resuelva en dicho lugar, donde es evidente que ambas partes tendrán más fácil acceso a todo testigo eventual y otras pruebas.

6. Cuando la carga se pierde o daña en un puerto, lo probable es que el responsable sea una parte ejecutante (como pudiera ser un estibador o el empresario de una terminal de transporte). En dicho caso el propietario de la carga deseará demandar tanto al porteador, que será contractualmente responsable, como a la parte ejecutante, que será responsable del daño que haya efectivamente ocasionado. A tenor del artículo 77, el puerto donde hayan ocurrido los hechos será probablemente el único lugar en donde el demandante podrá ejercitar una acción contra la parte ejecutante presuntamente responsables. Tal vez sea por ello el único lugar donde el demandante pueda ejercitar una única acción contra una y otra parte presuntamente responsable. Ahora bien, de no figurar los puertos en la lista del artículo 75, tal vez no exista foro competente alguno ante el que sea posible interponer una única acción, lo que obligaría a entablar más de un litigio para resolver una única causa.

7. Aun cuando el propietario de la carga desee demandar únicamente al porteador, es posible que el porteador desee resarcirse total o parcialmente interponiendo una acción contra una parte ejecutante que haya actuado con negligencia. Ello será más fácil de hacer si el porteador asocia a la parte ejecutante negligente como demandado adicional o tercero interesado (utilizando cualquier dispositivo procesal que se lo permita con arreglo a la ley del foro competente). En muchos ordenamientos, ello solo será posible si el tribunal ante el que se haya interpuesto la acción goza de jurisdicción sobre la parte ejecutante negligente,

lo que es mucho más probable que suceda cuando esa acción haya sido interpuesta ante el foro competente de la urbe donde esté situado el puerto, lo cual solo será posible con arreglo al nuevo convenio si se incluye a los puertos en la lista del artículo 75.

8. Incluso en supuestos en los que la posibilidad de demandar a una parte ejecutante no suponga una ventaja, seguirá siendo a menudo ventajoso para ambas partes que el litigio se ventile ante el tribunal de un puerto. Los letrados con experiencia en litigios marítimos suelen ejercer su profesión en las cercanías de un puerto y los jueces con experiencia en esos litigios suelen formar parte de tribunales con jurisdicción sobre esos puertos. Claro está que no todos los puertos del mundo dispondrán de letrados y jueces con la pericia adquirida en causas marítimas por el personal letrado o judicial que ejerce su profesión en los grandes centros portuarios del mundo. Ahora bien, aun cuando esa pericia profesional marítima tal vez sea menos abundante en ciertos puertos, no dejará probablemente de seguir siendo mayor que la disponible en todo otro lugar del interior del país donde se haya efectuado la recepción o la entrega de las mercancías.

9. Por último, omitir a los puertos de la lista puede interferir con las propias facultades discrecionales del tribunal para declararse o no competente, según lo aconsejen las circunstancias del caso. En los Estados Unidos la norma jurídica conocida bajo la expresión *forum non conveniens* faculta al tribunal, en determinadas circunstancias, para traspasar las actuaciones a otro tribunal que se encuentre en mejores condiciones para pronunciarse sobre las cuestiones controvertidas. Pero ello solo será posible si el tribunal al que desee trasladar las actuaciones goza de competencia, lo que tal vez no sea el caso si no se incluye a los puertos en la lista del artículo 75.

L. Preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: observaciones del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, presentadas al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 16º período de sesiones

(A/CN.9/WG.III/WP.59) [Original: inglés]

Nota de la Secretaría

En preparación del 16º período de sesiones del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte), durante el cual Grupo de Trabajo proseguirá se segunda lectura del proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías basándose en una nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.III/WP.56), el 18 de noviembre de 2005, el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte presentó observaciones sobre el arbitraje para que las examinara el Grupo de Trabajo. El texto de esas observaciones se reproduce como anexo adjunto a la presente nota en la forma en que fue recibido por la Secretaría.

Anexo

Observaciones del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte acerca del arbitraje

1. El arbitraje es un proceso de consenso por el que optan las partes en un contrato para resolver las controversias que puedan surgir entre ellas. Los principios de la libertad de recurrir al arbitraje, de la ejecución de los acuerdos de arbitraje y de la ejecución y el reconocimiento de los laudos arbitrales están consagrados por los Artículos II y III de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de los Laudos Arbitrales Extranjeros de 1958 (en adelante, "la Convención de Nueva York"). El número de Estados signatarios de la Convención de Nueva York, entre los que figuran destacados países de tradición marítima, es de 134.

2. El arbitraje es el mecanismo preferido para la resolución de controversias, principalmente en los transportes de mercancías a granel y en los transportes por servicios no regulares. En las controversias que se dirimen por arbitraje suelen estar en juego principios jurídicos o comerciales. En las pólizas de fletamento que se utilizan en esos transportes figura casi siempre una cláusula compromisoria en la que se designa un determinado foro y una determinada ley para el caso en que surja una controversia, y tales disposiciones se incorporan muchas veces expresamente en los conocimientos de embarque emitidos en el marco de esas pólizas de fletamento. No obstante, hay ocasiones en que el arbitraje puede resultar apropiado para el transporte por servicios regulares, en particular en el contexto de los ramos especializados. Con el correr de los años, se han ido formando centros de excelencia en que expertos en cuestiones técnicas y jurídicas concretas intervienen para dirimir controversias en el comercio marítimo por medio del arbitraje.

3. Las partes comerciales están satisfechas con el funcionamiento del sistema de arbitraje, tanto en lo que se refiere a las controversias entre las partes originarias como, a través de la cláusula de incorporación, como en la aplicación de los acuerdos a los terceros que sean tenedores de conocimientos de embarque (o, en el futuro, de documentos de transporte). Este sistema es comprendido por las partes que intervienen en operaciones comerciales con compradores y vendedores, a lo largo de toda la cadena, que son conocedores de sus derechos y obligaciones. Los terceros que son compradores ven en ello una parte de las operaciones comerciales más amplias de las que esperan beneficiarse. Estos acuerdos funcionan bien, aunque se registran eventualmente quejas o dificultades prácticas sobre los conceptos.

4. En las Reglas de La Haya y las Reglas de La Haya-Visby no figuran disposiciones que regulen el arbitraje, que queda en manos de las partes contratantes y del derecho interno. En cambio, cabe argumentar que las disposiciones prescriptivas de las Reglas de Hamburgo constituyen una de las principales razones por las que ese Convenio no ha sido objeto de una amplia aplicación. Como cuestión de principio, cabe poner en tela de juicio la obligatoriedad de incluir disposiciones sobre el arbitraje en el proyecto de instrumento de la CNUDMI. No obstante, si se decide hacerlo, el método más práctico consistiría en redactar una disposición en virtud de la cual se mantuviera la validez y la ejecutabilidad de un

acuerdo de arbitraje con arreglo al acuerdo concertado entre las partes, incluida la ampliación de tales acuerdos para vincular a terceros que fueran compradores.

5. En el texto actual del proyecto de instrumento se ofrecen dos variantes: la variante A y la variante B. No obstante, el artículo 84 de la variante A refleja el modelo de las Reglas de Hamburgo y concede al demandante la libertad de elegir el lugar en que se entable el procedimiento. Ello significa que un acuerdo para recurrir al arbitraje que figure en un contrato de transporte sujeto al instrumento no sería ejecutable frente a la parte originaria en el contrato, es decir, frente al cargador, ni frente a un tercero que fuera comprador.

6. La variante B deja que el lugar en el que se entable el procedimiento sea el que convengan las partes. Esto parece reflejar la práctica actual. Sin embargo, se ha sostenido que habría que dar a los porteadores la oportunidad de eludir las disposiciones sobre jurisdicción del actual capítulo 16. Esta modificación no se considera un problema en la práctica, dado que los contratos de transporte por líneas regulares no suelen contener cláusulas compromisorias sino que en ellos figuran disposiciones que remiten las controversias a la jurisdicción exclusiva de tribunales o Estados que se mencionan.

7. Los Países Bajos han presentado otra opción consistente en conciliar la libertad de arbitraje en el comercio a granel y por líneas no regulares con la aplicación de las disposiciones sobre jurisdicción al transporte por líneas regulares. Esta solución podría servir de base para encontrar una salida al problema, pero es preciso tomar en consideración los siguientes puntos:

- Se entiende que el párrafo 2 del artículo 78 impone una restricción al derecho al arbitraje con arreglo a un contrato al que el proyecto de instrumento será aplicable de forma imperativa. Ello daría al demandante el derecho a desdecirse del acuerdo de arbitraje enunciado en el contrato y a decidir si recurre al arbitraje o si somete la controversia a un tribunal de una de las jurisdicciones enumeradas, con la posible confusión adicional de que con ello se trastocaría el derecho previsto a tal efecto;
- El proyecto de artículo 81 *bis* trata de hacer extensible la ejecutabilidad de un acuerdo de arbitraje con póliza de fletamento al tercero que sea tenedor de un conocimiento de embarque (o de otro tipo de documento de transporte) dejando de aplicar el artículo 10. No obstante, de hecho, tal vez no sería éste el resultado, dado que, de conformidad con el artículo 10, los conocimientos de embarque emitidos en virtud de una póliza de fletamento o de un contrato que quede excluido por el artículo 9 entran en el ámbito imperativo del proyecto de instrumento. Tal vez esto sea un problema de redacción; y
- Tal vez convenga concertar acuerdos, para que en determinados transportes por líneas regulares especializadas, se acepte el arbitraje como mecanismo para la solución de controversias convenido por las partes.

8. El enfoque adoptado va en la buena dirección, pero las cuestiones requieren un estudio más a fondo. No obstante, una solución que evitaría las dificultades mencionadas en el presente documento consistiría en formular una disposición que permitiera la ejecutabilidad de los acuerdos de arbitraje en contratos de transporte sin ningún tipo de reservas, sistema que ya ha resultado satisfactorio y eficiente durante años en la solución de controversias marítimas.

M. Informe del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) sobre la labor de su 17º período de sesiones (Nueva York, 3 a 13 de abril de 2006)

(A/CN.9/594) [Original: inglés]

Índice

		Párrafos
	Introducción	1-7
I.	Deliberaciones y decisiones	8
II.	Preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías	9-233
	Derecho de control - Capítulo 11	9-71
	Proyecto de artículo 54. Definición del derecho de control	10-16
	Proyecto de artículo 55. Modificaciones del contrato de transporte	17-22
	Proyecto de artículo 56. Reglas aplicables a todo título de transporte o documento electrónico de transporte emitido	23-45
	Proyecto de artículo 57. Ejecución de las instrucciones por el porteador	46-58
	Proyecto de artículo 58. Entrega presumible	59
	Proyecto de artículo 59. Obligación de facilitar información o documentos y de dar instrucciones al porteador	60-64
	Proyecto de artículo 60. Modificación por acuerdo	65-67
	Reconsideración de la regla del apartado d) del párrafo 1 del proyecto de artículo 56 y fórmula conciliatoria propuesta	68-71
	Examen de cuestiones sustantivas para su inclusión en el proyecto de convenio	72-76
	Transferencia de derechos - capítulo 12	77-78
	Entrega al consignatario - capítulo 10 (*continuación*)	79-113
	Proyecto de artículo 49. La entrega, caso de haberse emitido un título de transporte negociable o un documento electrónico de transporte negociable	80-89
	Proyecto de artículo 50. Incumplimiento de la obligación de dar las instrucciones debidas	90-93
	Proyecto de artículo 51. Imposibilidad de efectuar la entrega	94-101
	Proyecto de artículo 52. Notificación de llegada a su lugar de destino	102-106
	Proyecto de artículo 53. Responsabilidad del porteador por las mercancías que no haya podido entregar	107-113
	Derecho de retención	114-117
	Responsabilidad del porteador y del cargador por todo incumplimiento de una obligación prevista pero no expresamente regulada en el proyecto de convenio	118-120
	Ámbito de aplicación, autonomía contractual y disposiciones conexas	121-172
	Proyecto de artículo 8. Ámbito de aplicación general	123-128

Proyecto de artículo 9. Exclusiones e inclusiones de su régimen 129-133
Proyecto de artículo 10. Aplicación a ciertas partes en la operación 134-140
Proyecto de artículo 20. Responsabilidad de una parte ejecutante marítima 141-145
Proyecto de artículo 94 sobre la validez de determinadas estipulaciones contractuales . 146-153
Proyecto de artículo 95. Régimen especial de los contratos de volumen 154-170
Proyecto de artículo 96. Régimen especial aplicable a los animales vivos y a ciertas otras mercancías 171-172
Obligaciones del cargador - capítulo 8 173-207
Proyecto de artículo 29. Obligación del porteador de facilitar información e instrucciones. 175-186
Proyecto de artículo 30. Obligación del cargador de facilitar información, instrucciones y documentos. 187-194
Proyecto de artículo 33. Reglas especiales aplicables a las mercancías peligrosas 195-198
Proyecto de artículo 31. Fundamento de la responsabilidad del cargador: Demora 199-207
Propuesta concerniente a los conocimientos de embarque emitidos a nombre de determinada persona 208-215
Títulos de transporte y documentos electrónicos de transporte - Capítulo 9 216-233
Proyecto de artículo 37. Emisión de un título de transporte o de un documento electrónico de transporte 218-224
Proyecto de artículo 38. Datos del contrato 225-233
III. Otros asuntos. 234-236
Calendario de los períodos de sesiones 18º, 19º y 20º 234
Planificación de la labor futura 235-236

Introducción

1. En su 34º período de sesiones, celebrado en 2001, la Comisión estableció el Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) y le encomendó la labor de preparar, en estrecha colaboración con las organizaciones internacionales interesadas, un instrumento de rango legal sobre cuestiones relacionadas con el transporte internacional de mercancías, entre ellas el ámbito de aplicación del futuro instrumento, el período de responsabilidad del porteador, las obligaciones de éste y su régimen de responsabilidad, las obligaciones del cargador y los documentos de transporte[1]. El Grupo de Trabajo inició sus deliberaciones acerca de la preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías en su noveno período de sesiones, celebrado en 2002. La recopilación

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17* y corrección (A/56/17 y Corr.3), párr. 345.

más reciente de referencias históricas relativas a los antecedentes legislativos del proyecto de convenio figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.60.

2. El Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte), integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 17º período de sesiones en Nueva York del 3 al 13 de abril de 2006. Asistieron al período de sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argelia, Argentina, Australia, Austria, Benin, Brasil, Canadá, Chile, China, Colombia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Fiji, Francia, Gabón, Guatemala, India, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Jordania, Kenya, Madagascar, México, Nigeria, Pakistán, República Checa, República de Corea, Singapur, Sri Lanka, Suecia, Suiza, Tailandia, Túnez, Turquía, Uganda, Venezuela (República Bolivariana de) y Zimbabwe.

3. También asistieron observadores de los siguientes Estados: Bulgaria, Chipre, Dinamarca, El Salvador, Filipinas, Finlandia, Kuwait, Noruega, Nueva Zelandia, Países Bajos, República Democrática del Congo, Santa Sede, Senegal y Ucrania.

4. Asistieron, además, observadores de las siguientes organizaciones internacionales:

a) **Organizaciones intergubernamentales invitadas por la Comisión**: Organización Consultiva Jurídica Asiático-Africana, Unión Europea (UE).

b) **Organizaciones no gubernamentales internacionales invitadas por la Comisión**: Asociación de Transporte Multimodal Internacional (IMMTA), Association of American Railroads (AAR), Cámara de Comercio Internacional (CCI), Cámara Naviera Internacional, Comité Marítimo Internacional, Consejo Marítimo Internacional y del Báltico (BIMCO), European Shippers' Council, Federación Internacional de Asociaciones de Expedidores de Carga, Grupo Internacional de Asociaciones de Protección e Indemnización, Unión Internacional de Seguros de Transportes.

5. El Grupo de Trabajo eligió a los siguientes integrantes de la Mesa:

Presidente: Sr. Rafael Illescas (España)

Relator: Sr. Walter de Sá Leitão (Brasil)

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

a) Programa provisional anotado y corrección (A/CN.9/WG.III/WP.60 y A/CN.9/WG.III/WP.60/Corr.1);

b) Un documento sobre el derecho de control presentado verbalmente a título de información al Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones y publicado para su 16º período de sesiones, por la delegación de Noruega (A/CN.9/WG.III/WP.50/Rev.1);

c) Un documento sobre la transferencia de derechos presentado verbalmente a título de información al Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones y publicado para su 16º período de sesiones, por la delegación de Suiza (A/CN.9/WG.III/WP.52);

d) Un documento sobre la entrega publicado para su 16º período de sesiones, pero cuyo examen no se completó en ese período de sesiones, de la delegación de los Países Bajos (A/CN.9/WG.III/WP.57);

e) Una propuesta de Finlandia sobre el ámbito de aplicación, la autonomía contractual y las disposiciones conexas (A/CN.9/WG.III/WP.61);

f) Un documento sobre títulos de transporte y documentos electrónicos de transporte presentado a título de información por la delegación de los Estados Unidos de América (A/CN.9/WG.III/WP.62);

g) Una propuesta de la delegación de Suiza sobre la entrega al consignatario y sobre el derecho del porteador a retener las mercancías (A/CN.9/WG.III/WP.63);

h) Observaciones del Consejo de Cargadores Marítimos de Europa relativas al proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías (A/CN.9/WG.III/WP.64);

i) Una propuesta del Japón sobre el ámbito de aplicación (A/CN.9/WG.III/WP.65);

j) Un documento sobre contratos de volumen presentado para información del Grupo de Trabajo por el Comité Marítimo Internacional (A/CN.9/WG.III/WP.66);

k) Una propuesta de redacción presentada por la delegación de Suecia sobre las obligaciones del cargador (A/CN.9/WG.III/WP.67);

l) Una propuesta de los Países Bajos sobre los conocimientos de embarque emitidos a nombre de determinada persona (A/CN.9/WG.III/WP.68);

m) Una propuesta de los Estados Unidos de América sobre las obligaciones del cargador (A/CN.9/WG.III/WP.69); y

n) Propuestas de la delegación de Italia acera de los títulos de transporte y documentos electrónicos de transporte, el ámbito de aplicación, la autonomía contractual y disposiciones conexas (A/CN.9/WG.III/WP.70).

7. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Elección de la Mesa.
2. Aprobación del programa.
3. Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías.
4. Otros asuntos.
5. Aprobación del informe.

I. Deliberaciones y decisiones

8. El Grupo de Trabajo prosiguió su examen del proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías ("el proyecto de convenio") tomando como base el texto que figura en los anexos de una nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.III/WP.56), y examinó diversas propuestas, entre ellas la de Finlandia sobre el ámbito de aplicación, la autonomía contractual y disposiciones conexas (A/CN.9/WG.III/WP.61); la propuesta de Suiza acerca del derecho del porteador a retener las mercancías (A/CN.9/WG.III/WP.63); la propuesta del Japón sobre el ámbito de aplicación (A/CN.9/WG.III/WP.65); la propuesta de índole formal o textual presentada por Suecia concerniente a las obligaciones del cargador (A/CN.9/WG.III/WP.67); la propuesta de los Países Bajos concerniente a los conocimientos de embarque emitidos a nombre de determinada persona (A/CN.9/WG.III/WP.68); la propuesta de los Estados Unidos sobre las obligaciones del cargador (A/CN.9/WG.III/WP.69); y las propuestas de Italia concernientes a los títulos de transporte y a los documentos electrónicos de transporte, así como al ámbito de aplicación, la autonomía contractual y las disposiciones conexas (A/CN.9/WG.III/WP.70). Se pidió a la Secretaría que preparara una versión revisada de cierto número de disposiciones reformulándolas en función de las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo. Dichas deliberaciones y conclusiones se recogen en la sección II *infra*.

II. Preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías

Derecho de control - Capítulo 11

9. Se recordó al Grupo de Trabajo que muy recientemente, en su 11º período de sesiones, había examinado el tema del derecho de control (véase A/CN.9/526, párrs. 100 a 126). También se le recordó que en su 16º período de sesiones Noruega había presentado al Grupo un documento que contenía información sobre el derecho de control (A/CN.9/WG.III/WP.50/Rev.1; véase A/CN.9/576, párr. 211). El Grupo de Trabajo basó su examen de las disposiciones del capítulo 11 en el texto que figura en los anexos I y II del documento A/CN.9/WG.III/WP.56, así como en el texto propuesto en el documento A/CN.9/WG.III/WP.50/Rev.1.

Proyecto de artículo 54. Definición del derecho de control

Proyecto de artículo 54. Observaciones generales

10. El Grupo de Trabajo examinó el texto del artículo 54 que figura en el párrafo 7 A/CN.9/WG.III/WP.50/Rev.1 y en A/CN.9/WG.III/WP.56. Se indicó que en el artículo 54 enunciado en A/CN.9/WG.III/WP.56 no se hacía una distinción clara entre el derecho de la parte controladora a dar instrucciones unilaterales, por un lado, y el derecho de dicha parte a convenir con el porteador una modificación del contrato de transporte, por otro. También se recordó al Grupo de Trabajo que en anteriores ocasiones se había debatido el apartado b) del artículo 54 en virtud del cual la parte controladora podía reclamar la entrega de las mercancías antes de su

llegada al lugar de destino. En particular se señaló que, a juicio de algunas delegaciones, tal reclamación equivaldría siempre a una modificación del contrato de transporte y que, por consiguiente, requeriría el acuerdo de las partes. No obstante, según otras delegaciones, ese derecho era de carácter unilateral y debería mantenerse en el texto por ser esencial, por ejemplo, en los supuestos en que no se hubiera emitido ningún título de transporte negociable y en que el vendedor o las instituciones crediticias hubieran de realizar alguna garantía real sobre las mercancías.

11. La mayoría de las delegaciones en general respaldaron el criterio seguido en A/CN.9/WG.III/WP.56 conforme al cual las disposiciones que regulaban el derecho de control que pudiera ejercer unilateralmente la parte controladora se reglamentaban en el artículo 54, mientras que las disposiciones que requerían una modificación del contrato de transporte y, por consiguiente, el acuerdo del porteador, se regulaban por separado en el artículo 55.

12. Algunas delegaciones apoyaron que se mantuviera, en el texto de la parte introductoria del artículo 54, la expresión "Por ... se entenderá" y se suprimiera la variante "El derecho de control supone".

La parte controladora como la sola persona que podrá ejercer el derecho de control

13. Se observó que la frase inicial del proyecto de artículo 55 ("la parte controladora goza con exclusividad del ejercicio del derecho de control") enunciaba una regla general referente al derecho de control que debería ser igualmente aplicable al artículo 54. Se expresó la opinión de que esa frase debería trasladarse del artículo 55 al encabezamiento del artículo 54; sin embargo, otras delegaciones insistieron en que se reformulara esa regla general con cuidado a fin de que fuera también aplicable a las modificaciones del contrato de transporte reguladas en el proyecto de artículo 55. Hubo acuerdo general en que se reformularan los proyectos de artículo 54 y 55 en términos que dotaran de aplicabilidad general a la regla de que la parte controladora gozaba con exclusividad del ejercicio del derecho de control. Se sugirió, además, que cabría formular una regla aparte que fuera aplicable a ambos proyectos de artículo.

Proyecto de artículo 54, apartado b). Entrega en un puerto intermedio o en algún lugar de la ruta

14. Se sostuvo que la solicitud de que la entrega de las mercancías se efectuara en un puerto intermedio o en algún lugar de la ruta supondría siempre una modificación de las cláusulas originales del contrato de transporte e impondría una carga onerosa al porteador, ya que interferiría casi siempre con el curso normal de sus operaciones, violando una u otra de sus salvaguardias enunciadas en el artículo 57. Por consiguiente, se sugirió que se suprimiera el apartado b) del artículo 54. No obstante, en el Grupo de Trabajo predominó la opinión de que debería mantenerse en el texto el principio enunciado en el apartado b), pues se consideraba importante dotar a la parte controladora de un medio eficaz para ejercer el derecho de control, particularmente frente a un comprador potencialmente insolvente.

15. Varias delegaciones se declararon partidarias de que se mantuviera en el apartado b) del artículo 54 la variante que figuraba en el segundo par de corchetes y de que se suprimiera el texto del primer par de corchetes. Se argumentó que la parte controladora tan solo debería tener derecho a reclamar al porteador la entrega de las mercancías en puertos intermedios o en lugares de la ruta. Se estimó que si se permitía a la parte controladora reclamar la entrega en otros puertos o lugares se impondría al porteador una carga irrazonable, al obligarle a desviarse de la ruta, lo cual podría tener graves consecuencias económicas. A este respecto, se estimó que la referencia a "en un puerto intermedio o algún lugar de la ruta" no bastaría para proteger al porteador de todo desvío inherente a alguna orden de la parte controladora, por lo que convendría reformular dicho texto con el fin de aclarar que la parte controladora solo podría pedir una entrega anticipada en un puerto de escala del itinerario del buque. Otras delegaciones expresaron también reservas por estimar que la posibilidad de que la parte controladora pueda pedir la entrega en un puerto o lugar no inicialmente previsto, puede ocasionar cargas suplementarias al porteador, como sucedería si se le pide que descargue un contenedor estibado al fondo de la bodega del buque, y consideraron que en cualquier caso se deberá reembolsar al porteador todo gasto suplementario ocasionado por la entrega anticipada. No obstante, se dijo también que esos problemas podrían abordarse en el artículo 57 y, en particular, en las disposiciones destinadas a impedir que se interfiera en el curso normal de las operaciones del porteador y a que se le reembolse todo gasto adicional.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 54:

16. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió lo siguiente:

- mantener, como base para las futuras deliberaciones del Grupo de Trabajo, el texto del artículo 54 que figura en A/CN.9/WG.III/WP.56;
- suprimir los corchetes de la expresión "Por ... se entenderá" y suprimir el texto entre corchetes de la segunda variante ("el derecho de control supone"), al comienzo artículo 54;
- enunciar, al comienzo del artículo 54, la regla según la cual la parte controladora gozará con exclusividad del ejercicio del derecho de control;
- en el apartado b) del artículo 54, retener sin corchetes el texto de la segunda variante y eliminar el texto de la primera variante entre corchetes;
- sustituir, en la segunda variante de dicho apartado b), el texto "en un puerto intermedio" por "en un puerto de escala"; y
- pedir a la Secretaría que prepare una nueva versión del artículo 54 teniendo en cuenta las deliberaciones del Grupo de Trabajo reseñadas en los párrafos anteriores.

Proyecto de artículo 55. Modificaciones del contrato de transporte

Reglamentación por separado en el proyecto de artículo 55 de las modificaciones del contrato de transporte

17. Como se observó en el anterior párrafo 11, el Grupo de Trabajo se mostró en general conforme con la estructura del artículo 55 presentado en A/CN.9/WG.III/WP.56, que regulaba por separado la cuestión suscitada por el ejercicio del derecho de control para modificar en algo lo estipulado en el contrato de transporte. Se expresó cierta inquietud de que, si bien dicha reglamentación por separado de todo ejercicio del derecho de control para modificar el contrato de transporte constituía una medida acertada, convendría no olvidar que el ejercicio previsto de dicho derecho en los apartados b) y c) del artículo 54 podría igualmente resultar en una modificación de lo estipulado en el contrato de transporte, por lo que tal vez procediera reformular los artículos 54 y 55 para dilucidar mejor esta cuestión. Se sugirió además que tal vez se hubiera de reformular también el título del proyecto de artículo 55, como complemento de las modificaciones que se habían de hacer en las definiciones de "derecho de control" y de "parte controladora" del proyecto de artículo 1.

Derechos y obligaciones de las partes en un contrato de transporte con anterioridad a su modificación

18. Se expresó inquietud de que el texto del proyecto de artículo 55 no indicaba con claridad que efecto tendría una modificación del contrato, a resultas del ejercicio del derecho de control, sobre los derechos y obligaciones de las partes en el contrato de transporte preexistente. Si bien se sugirió que el régimen general de los contratos de la ley que fuera por lo demás aplicable resolvería adecuadamente todo problema eventual, se propuso que se dispusiera claramente en el texto del artículo 55 que dicha modificación del contrato de transporte no afectaría en nada a los derechos y obligaciones de las partes a tenor del contrato preexistente.

Título de transporte "[negociable]" o documento electrónico de transporte "[negociable]"

19. Se cuestionó la procedencia de incluir en el párrafo 2 del artículo 55 la referencia que en su texto se hacía entre corchetes a los títulos de transporte y documentos electrónicos de transporte "negociables", dejando dicho término fuera de corchetes. Se observó que esta referencia a los solos títulos y documentos electrónicos de transporte negociables limitaría en exceso el alcance de la regla enunciada en ese párrafo. Se estimó, además, que la mera supresión del término "negociable" no bastaría para ampliar adecuadamente el alcance del texto, dado que no conllevaría necesariamente su aplicabilidad a todo título o documento de transporte en el que se hubiera consignado o dejado constancia del contrato de transporte.

20. En sentido contrario, se expresó la inquietud de que extender el alcance de la regla más allá de los títulos de transporte y de los documentos electrónicos de transporte "negociables" podría suscitar problemas en la práctica, dado que dichos títulos o documentos negociables han de obrar en poder de la parte controladora para que esta pueda ejercitar su derecho de control mientras que era improbable que un título de transporte o un documento electrónico de transporte "no negociable"

obrara en poder de la parte controladora o estuviera bajo su control. Además, se observó que la función desempeñada por todo título de transporte o documento electrónico de transporte negociable, de dejar en su texto constancia fehaciente de los términos del contrato, hacía que fuera imperativo consignar en su texto toda modificación de lo estipulado en el contrato, necesidad que no se daba respecto de los títulos de transporte o de los documentos electrónicos de transporte no negociables, lo que permitía dejar toda variación eventual de su texto al arbitrio de la práctica comercial imperante.

21. Se sugirió además que se otorgara a toda parte controladora, que dispusiera de un título de transporte o de un documento electrónico de transporte no negociable, el derecho a reclamar un nuevo título o documento en el que se reflejara toda modificación de lo estipulado en el contrato de transporte. El Grupo de Trabajo convino en que se suprimiera la palabra "negociable" y se reformulara el texto de esta disposición para responder a las inquietudes expresadas en el párrafo anterior, estudiándose además el efecto combinado de esta disposición con la del apartado c) del párrafo 2 del artículo 56.

Conclusiones del Grupo de Trabajo en lo concerniente al proyecto de artículo 55:

22. A raíz de sus deliberaciones, el Grupo de Trabajo decidió que:

- se pidiera a la Secretaría que reformulara el texto del artículo 55 para que respondiera a las inquietudes generales de las que se hablaba en los párrafos anteriores;
- se explicitara por igual en el texto de los artículos 54 y 55, la exclusividad de que goza toda parte controladora para el ejercicio de su derecho de control; y
- se suprimiera el término "negociable", en el párrafo 2 del artículo 55, y se reformulara el resto del texto de esta disposición a fin de reflejar las inquietudes mencionadas en los párrafos anteriores, así como el efecto combinado de esta disposición con la del apartado c) del párrafo 2 del artículo 56.

Proyecto de artículo 56. Reglas aplicables a todo título de transporte o documento electrónico de transporte emitido

Título

23. El Grupo de Trabajo convino en que el título de este artículo resultaba engorroso, por lo que convendría reformularlo en términos sucintos y precisos que reflejaran mejor el contenido de la disposición. Se sugirió a dicho respecto que tal vez cabría sustituirlo por el de "Parte controladora".

Proyecto de apartado a) del párrafo 1 - variantes entre corchetes

24. Se expresó cierta inquietud de que la regla enunciada en el apartado a) del párrafo 1 de este artículo no amparara debidamente los intereses de un vendedor FOB de las mercancías en el supuesto de que el cargador fuera la parte controladora y de que el vendedor FOB actuara únicamente a título de consignador, pero no como cargador. Se sugirió que la segunda variante entre corchetes del

apartado a) respondía adecuadamente a esta inquietud, dado que el cargador tendría que informar al porteador de que el vendedor FOB era la parte controladora, así como por razón de que el cargador estaría además probablemente obligado a hacerlo a tenor del propio contrato de venta. Se expresó también el parecer de que esta cuestión habría de ser examinada en el marco del capítulo concerniente a los títulos o documentos de transporte, ya que concernía también a la determinación de los documentos que el consignador podría reclamar, una vez entregada la carga al porteador, para el supuesto de que tuviera que protegerse frente a un comprador eventualmente insolvente.

25. Se expresó cierto respaldo en el Grupo de Trabajo por el parecer de que la segunda variante entre corchetes de dicho apartado a), "[designe parte controladora al consignatario o a alguna otra persona]" era preferible a la primera variante, dado que su texto resultaba más claro y sencillo.

26. Se hicieron además otras sugerencias por las que se trataba de aclarar este texto. Se sugirió que el apartado a) del párrafo 1 dispusiera que el propio texto del "contrato de transporte", y no el "cargador", fuera el que designara a la parte controladora. Se observó, a título de respuesta, que no era probable que el cambio sugerido alterara el resultado que cabía prever del texto actual, dado que era muy probable que el cargador designara a la parte controladora en el propio texto del contrato de transporte. Se sugirió también que se tuviera en cuenta en el texto de los apartados a) y b) del párrafo 1 lo dispuesto en la regla 6 de las Reglas uniformes para la carta de porte marítimo del Comité Marítimo Internacional, a tenor de lo cual el cargador podrá transferir el derecho de control al consignatario, pero que todo ejercicio de esta opción por el cargador deberá consignarse en la carta de porte marítimo o en otro documento similar. Ahora bien, se expresaron ciertas dudas respecto de esta sugerencia dado que se estimó que la identidad de la parte controladora era una cuestión que concernía únicamente a la relación entre el porteador y los propietarios de la carga, y que en el supuesto de que interesara a algún tercero, como pudiera ser un banco, lo procedente sería que las partes le informaran por su cuenta a dicho respecto.

Proyecto de apartado b del párrafo 1 - variantes entre corchetes

27. El Grupo de Trabajo se mostró en general de acuerdo en que no procedía incluir en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 56 el texto de su primera variante entre corchetes, dado que al facultarse en ella tanto al transferente como al cesionario para dar aviso al porteador de la transferencia del derecho de control, dicho texto podría suscitar dudas en el porteador. Si bien hubo cierto apoyo a favor del texto de la segunda variante entre corchetes del apartado b), por estimarse que era conforme al derecho interno de aquellos países que facultaban al cesionario para dar aviso al porteador de la transferencia del derecho de control, se cuestionó igualmente la claridad de esta segunda variante. Prevaleció en el Grupo de Trabajo el parecer de que se suprimiera una y otra variante, dado que facultar también al cesionario para dar aviso al porteador ni amparaba lo bastante los derechos de todos los interesados ni obraba en aras de la claridad de la regla enunciada.

28. Se sugirió además que se especificaran en el apartado b) las consecuencias del incumplimiento de la obligación de dar aviso al porteador de toda transferencia del derecho de control, prescribiendo que dicha transferencia no sería válida mientras el transferente no hubiera dado aviso de ella al porteador.

Párrafo 11 de A/CN.9/WG.III/WP.50/Rev.1

29. Se sugirió sustituir los apartados a) y b) del párrafo 1 del artículo 56 por el texto que figuraba en el párrafo 11 de A/CN.9/WG.III/WP.50/Rev.1. Pese a que obtuvo cierto apoyo, se expresaron dudas de que el texto propuesto en A/CN.9/WG.III/WP.50/Rev.1 regulara adecuadamente la situación en la que una parte controladora hubiera de transferir a otra persona su derecho de control, particularmente en un supuesto en el que no se hubiera emitido título o documento alguno. También obtuvo cierto apoyo el parecer de que cabría sustituir el texto del apartado a) por el texto propuesto en dicho documento, pero este parecer tampoco obtuvo el apoyo requerido.

Proyecto de apartado c) del párrafo 1 - "de conformidad con el artículo 54"

30. El Grupo de Trabajo se mostró en general de acuerdo en que se suprimieran las palabras "de conformidad con el artículo 54", por considerarlas superfluas.

Conclusiones del Grupo de Trabajo en lo concerniente a los apartados a), b) y c) del párrafo 1 del proyecto de artículo 56:

31. A raíz de sus deliberaciones, el Grupo de Trabajo decidió que:

- se pidiera a la Secretaría que reformulara el título del artículo 56;
- era preferible la segunda variante entre corchetes del apartado a) del párrafo 1, pero el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que la reformulara a la luz de los pareceres expresados en el Grupo de Trabajo;
- se suprimiera en su totalidad el texto de las variantes entre corchetes del apartado b) y se pidiera a la Secretaría que considerara la conveniencia de supeditar la validez de toda transferencia del derecho de control al deber de dar aviso de esa transferencia al porteador; y
- se suprimiera en el apartado c) el texto "de conformidad con el artículo 54".

Proyecto de artículo 56, apartado d) del párrafo 1 - extinción o transferencia del derecho de control

32. Se sostuvo que el apartado d) del párrafo 1 del proyecto de artículo 56, relativo a la extinción del derecho de control o a su transferencia al consignatario, era innecesario y que podría suprimirse, habida cuenta del hecho de que en la parte introductoria del artículo 54 se limitaba el ejercicio del derecho de control por su titular al período de responsabilidad del porteador establecido en el párrafo 1 del proyecto de artículo 11. No obstante, se expresaron algunas dudas sobre si la supresión de dicho apartado sería apropiada, habida cuenta de que la solución de ciertos problemas dependería del momento en que se extinguiera el derecho de control.

33. Se observó que el Grupo de Trabajo tenía ante sí tres variantes para la extinción del derecho de control o su transferencia al consignatario y que cada una de ellas entrañaba consecuencias distintas. Conforme a la primera variante, enunciada en el primer par de corchetes del proyecto de artículo 56.1 d), la extinción del derecho de control se produciría al llegar las mercancías a su destino y reclamar el consignatario su entrega. Según la segunda variante, enunciada en el segundo par de corchetes del proyecto de artículo 56.1 d), el derecho de control quedaba transferido al consignatario al llegar las mercancías a su destino y reclamar el consignatario su entrega. En las deliberaciones se observó que ambas variantes eran conformes a la práctica seguida en muchos países de tradición civil o romanista y que ambas se ajustaban a lo dispuesto en varios convenios internacionales de transporte, pero se agregó que cabía señalar ciertos problemas prácticos que se daban en el marco de esas variantes. Se señaló que la tercera variante, conforme a la cual el derecho de control se extinguía al efectuarse la entrega de las mercancías, estaba expuesta en el párrafo 15 de A/CN.9/WG.III/WP.50/Rev.1.

34. Se expresó la opinión de que el momento en que se extinguía el derecho de control era el factor clave que se había de considerar al decidir el enfoque que debía adoptarse en el proyecto de convenio. Se sostuvo que si el derecho de control no era transferido al consignatario ni quedaba extinguido hasta el último momento posible, es decir, hasta la entrega efectiva de las mercancías, el porteador quedaría expuesto a grandes dificultades, ya que cabría darle instrucciones estando ya empezado el proceso de entrega que resultaran sumamente difíciles de cumplir a esas alturas. Sin embargo, según otro parecer, no convendría que el derecho de control quedara extinguido o transferido demasiado pronto, dado que una de las instrucciones más frecuentes que se suele dar es la de no hacer entrega de las mercancías hasta que el porteador haya confirmado con el vendedor o con la parte controladora que se ha efectuado el pago. En el Grupo de Trabajo, hubo firmes defensores de ambos criterios.

35. Para resolver esta cuestión, se sugirieron varias posibles soluciones, a saber:

a) Cabría conceptuar la regla de extinción del derecho de control enunciada en el proyecto de apartado 1 d) como una disposición de rango no imperativo sujeta a la autonomía contractual reconocida en el de artículo 60, si bien se expresaron dudas de que esto constituyera una solución del problema;

b) Dado que el proyecto de artículo 57 establecía ciertos límites a la obligación del porteador de dar cumplimiento a las instrucciones recibidas de la parte controladora, se estimó que el Grupo de Trabajo podría estar en mejores condiciones para reconsiderar su postura respecto de la extinción del derecho de control, una vez examinado dicho artículo. Además, si el proyecto de artículo 57 ampara lo bastante al porteador a la hora de cumplir las instrucciones de la parte controladora, cabe que ese apartado d) del párrafo 1 pierda su importancia y pueda ser suprimido.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el apartado d) del párrafo 1 del proyecto de artículo 56:

36. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió lo siguiente:

- mantener entre corchetes el texto del apartado d) del párrafo 1: del proyecto de artículo 56 para que el Grupo de Trabajo vuelva a examinarlo cuando haya ya examinado el proyecto de artículo 57 (véase párr. 68 a 71 *infra*).

Proyecto de apartados a) y b) del párrafo 2

37. Se sugirió que se suprimiera, por redundante, el apartado b) del párrafo 2 del artículo 56, dado que era evidente, con arreglo al apartado a) de ese mismo párrafo, que el tenedor de un título de transporte era a la vez la parte controladora y que, dado que el cesionario de un título de transporte pasaría a ser su tenedor, el derecho de control sería transferido con el título. Se sugirió también que cabría trasladar la segunda oración del apartado b) al proyecto de artículo 61, en donde se enunciaban las reglas para la transferencia de los derechos incorporados a todo título de transporte negociable que se hubiera emitido.

Proyecto de apartado c) del párrafo 2 - texto entre corchetes

38. Se sugirió suprimir el texto que figuraba entre corchetes en el apartado c) del párrafo 2 del proyecto de artículo 56, por tratarse de una salvedad innecesaria, dado que nadie puede pedir a otra persona que le presente documentos que obren ya en su poder. El Grupo de Trabajo se mostró favorable a este parecer.

Proyecto de apartado c) del párrafo 2 - "si éste se lo exige"

39. Se sugirió que se suprimieran las palabras "si éste (el porteador) se lo exige" que figuran en el texto de dicho apartado c). Se expresó el parecer de que, caso de haberse emitido un título de transporte negociable, el porteador no debe aceptar instrucciones, que supongan el ejercicio del derecho de control, más que de la persona que sea el tenedor de dicho título. Se añadió, a este respecto, que el porteador estaba por ello facultado para verificar si dicho tenedor podía presentar el título o documento que confirmara su identidad como parte controladora, por lo que el porteador habría de asumir todo riesgo dimanante del hecho de no haber verificado esa identidad. Ahora bien, se indicó que esa disposición debería también confirmar que todo ejercicio por lo demás válido del derecho de control no dejará de ser válido por el mero hecho de que el porteador no haya pedido al tenedor que presente el título confirmatorio de su identidad.

Conclusiones del Grupo de Trabajo en lo concerniente al párrafo 2 del proyecto de artículo 56:

40. A raíz de sus deliberaciones, el Grupo de Trabajo decidió que:

- se retuviera, como base para sus futuras deliberaciones, el texto del párrafo 2 del proyecto de artículo 56 que figura en A/CN.9/WG.III/WP.56, pero suprimiendo las palabras "si éste se lo exige" que figuran en el apartado c) de dicho párrafo, así como el texto entre corchetes que figura en ese mismo apartado;

- la Secretaría preparase una nueva versión del párrafo 2 del proyecto de artículo 56 que reflejara lo dicho en esas deliberaciones, y tal vez combinara en un solo apartado el contenido de sus apartados a) y b).

Proyecto de artículo 56, párrafo 3

41. A la luz de lo ya decidido respecto del apartado c) del párrafo 2, el Grupo de Trabajo decidió que se retuviera, como base para su ulterior estudio, el texto del apartado b) del párrafo 3 en A/CN.9/WG.III/WP.56, tras suprimir en su apartado b) las palabras "si se lo exige el porteador".

Proyecto de artículo 56, párrafo 4

42. Respondiendo a una pregunta sobre la finalidad del párrafo 4 del proyecto de artículo 56, se explicó que al formular su texto se había tratado de crear un paralelismo con la regla del párrafo 1 del proyecto de artículo 62, según la cual todo tenedor que no sea el cargador y que no ejercite derecho alguno nacido del contrato de transporte, no asumirá responsabilidad alguna dimanante de dicho contrato por la sola razón de ser, en algún momento, el tenedor del título. Por consiguiente, se estimó que no cabía imponer responsabilidad alguna, con arreglo a esta disposición, a un transferente del derecho de control, que hubiera gozado de la condición de parte controladora pero que no hubiera ejercitado derecho alguno de control. Ahora bien, se observó también que este enfoque no encajaba demasiado bien con el adoptado en el proyecto de artículo 34 del capítulo 8, concerniente a las obligaciones del cargador, donde se disponía que todo tenedor de un título de transporte o de un documento electrónico de transporte, que estuviera identificado en los datos del contrato como "cargador", habría de asumir las obligaciones y responsabilidades que en ese capítulo se imponían sobre el cargador, por lo que convendría aclarar la posible interacción entre lo dispuesto en dicho proyecto de artículo y lo dispuesto en el párrafo 4 del proyecto de artículo 56.

43. Se sugirió sustituir, en el párrafo 4 del proyecto de artículo 56, el término "responsabilidad" por "obligación" dado que lo único que cabría transferir con el derecho de control eran las obligaciones, mientras que toda responsabilidad a la que hubiera dado lugar el ejercicio de ese derecho seguiría recayendo sobre la persona que hubiera incurrido en ella. Ahora bien, se observó que el término inglés "*liability*" era el término adecuado que había de utilizarse en el párrafo 4 del artículo 56, por razón del significado preciso que se le daba en el artículo 34 del proyecto de convención (traducido al español en dicho artículo por "obligación"), al que se hacía referencia en el párrafo 4 del proyecto de artículo 56. Se indicó, además, que la enmienda propuesta podía convertir dicha regla en redundante, dado que el proyecto de artículo 62 disponía ya que toda obligación sería transferida junto con el título.

44. Se hicieron diversas otras sugerencias de índole formal respecto del texto del párrafo 4, entre las que cabe citar la de que se suprimiera la totalidad de su texto actual redactado en lenguaje negativo, con miras a reformularlo en un lenguaje positivo que indicara cuáles eran los aspectos del derecho de control que serían transferidos. Se expresó también el parecer de que el examen del párrafo 1 del proyecto de artículo 62 facilitaría toda decisión que el Grupo de Trabajo hubiera de adoptar respecto del párrafo 4 del proyecto de artículo 56.

Conclusiones del Grupo de Trabajo respecto del párrafo 4 del proyecto de artículo 56

45. A raíz de sus deliberaciones, el Grupo de Trabajo decidió que:

- se colocara el texto del párrafo 4 del proyecto de artículo 56 entre corchetes en espera de que la Secretaría lo reformulara o lo suprimiera, una vez que se hubieran examinado más en detalle las cuestiones que su texto actual suscitaba y se hubiera examinado también el texto del párrafo 1 del proyecto de artículo 62.

Proyecto de artículo 57. Ejecución de las instrucciones por el porteador

Proyecto de párrafo 1 - variante A o variante B

46. Según manifestó una delegación, existían dos grandes diferencias sustantivas entre las variantes A y B del párrafo 1 del proyecto de artículo 57 en las que se definían los supuestos en los que el porteador estará obligado a cumplir una orden de la parte controladora. La primera radicaba en que en el apartado a) del párrafo 1 de la variante B se exige que la parte controladora esté obrando en el ejercicio de su derecho de control, y la segunda y más significativa diferencia era la enunciada en el apartado c) del párrafo 1 de la variante A al exigirse que la orden de la parte controladora no origine gastos adicionales al porteador o a la parte ejecutante ni pérdida o daño alguno. Se sugirió que las salvaguardias enunciadas en el apartado c) del párrafo 1 de la variante A eran importantes para el porteador, por lo que deberían mantenerse, aunque se estimó que tal vez bastara para dicho fin con lo dispuesto en el párrafo 3 del proyecto de artículo 57.

47. A pesar del apoyo que obtuvo la variante A, que permitía expresamente al porteador rechazar toda orden que pudiera acarrear gastos, pérdidas o daños al porteador o al resto de la carga transportada en el mismo viaje, se expresó en el Grupo de Trabajo una firme preferencia por la variante B del párrafo 1 del proyecto de artículo 57.

48. Al examinar en detalle la variante B del párrafo 1, el Grupo de Trabajo decidió suprimir la referencia a la parte ejecutante en el apartado c), ateniéndose así a la decisión que había adoptado anteriormente de excluir a las partes ejecutantes del texto de las disposiciones sobre el derecho de control. Además, se sugirió fusionar los apartados b) y c) en uno solo, pues se consideró que su contenido era bastante similar. En respuesta a la inquietud de que no se interpretaran objetivamente las condiciones flexibles de los apartados b) y c) al determinar si el porteador había obrado razonablemente al negarse a cumplir una orden, se sugirió incorporar a la variante B el principio enunciado en el proyecto de artículo 1 *bis* de la variante A. No obstante, se indicó que el recurso a dicho principio o criterio de la "razonabilidad" no dotaría de por sí de mayor objetividad a la interpretación de las condiciones enunciadas en los apartados b y c). Se observó que la determinación del derecho de un porteador a negarse a ejecutar instrucciones obligaría en última instancia a marcar una pauta de la razonabilidad de dicha negativa en una u otra de las variantes sugeridas en el párrafo 1 del artículo 57. Además, se sugirió que la carga de la prueba, en caso de que el porteador incumpliera la obligación de ejecutar las instrucciones, se regulase en el párrafo 4 de este mismo artículo.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el párrafo 1 del proyecto de artículo 57:

49. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió lo siguiente:

- el texto de la variante B del proyecto de párrafo 1 era preferible al de la variante A; y
- la Secretaría debería tener en cuenta las sugerencias efectuadas con miras a mejorar su texto.

Proyecto de artículo 57, párrafo 2

50. En el Grupo de Trabajo las delegaciones estuvieron de acuerdo en que, conforme a lo decidido anteriormente, se suprimiera en el párrafo 2 toda referencia a personas que no fueran la parte controladora o el porteador. No obstante, varias delegaciones coincidieron en que dicha supresión tal vez privara al porteador de un argumento para obtener el reembolso de los daños abonados a otros cargadores por la pérdida de sus mercancías o por todo daño en ellas ocasionado al ejecutarse las instrucciones de la parte controladora. A raíz de esta sugerencia, se expresó la opinión de que tal vez sería necesario incluir una referencia en el proyecto de párrafo 1 por la que se permitiera al porteador rehusar la ejecución de las instrucciones si tal ejecución pudiera causar daños a las mercancías de otros cargadores; sin embargo, se consideró una solución más apropiada aclarar en el párrafo 2 que el porteador tendría derecho a que se le reembolsara toda suma abonada por concepto de daños a terceros.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el párrafo 2 del proyecto de artículo 57:

51. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió lo siguiente:

- suprimir en el párrafo 2 toda referencia a partes que no sean la parte controladora o el porteador;
- al reformularse este párrafo, velar por que quede claro el derecho del porteador a reclamar el reembolso de toda suma que haya abonado por daños y perjuicios a otros cargadores a raíz de la ejecución de las instrucciones; y
- pedir a la Secretaría que se estudie si hará falta hacer, en el párrafo 1 de este artículo, alguna referencia a los posibles daños causados a las mercancías de otros cargadores.

Proyecto de artículo 57, párrafo 3

52. En el Grupo de Trabajo hubo acuerdo general en que se suprimiera la primera oración del párrafo 3, pero manteniéndose, sin corchetes, el texto que figuraba a continuación entre corchetes. Se observó que dicha supresión evitaría duplicaciones; no obstante, se sugirió que se retuviera la parte de la primera oración relativa a la cuantía de la garantía que deberá prestar la parte controladora.

53. Se cuestionó la finalidad del apartado b), dado que, al exigir garantía, el porteador daba a conocer su intención de ejecutar la orden, y que el porteador no tenía derecho a negarse a ejecutar una orden por razón de los gastos que supusiera, a la luz de lo dispuesto en la variante B del párrafo 1 del propio artículo. Por consiguiente, se sugirió que se suprimiera el apartado b) del párrafo 3. No obstante, se expresaron pareceres contrarios, aduciendo que el principio enunciado en el apartado b) seguía teniendo utilidad habida cuenta de que el porteador podía negarse a ejecutar una orden que interfiriera en el curso normal de sus operaciones, si bien cabría aclarar más el texto a este respecto. También se sugirió que se aclarara el derecho implícito del porteador a rehusar la ejecución de una orden si la parte controladora no prestaba la garantía debida.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el párrafo 3 del proyecto de artículo 57:

54. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió pedir a la Secretaría que modificara el texto de la manera siguiente:

- mantener, sin corchetes, el texto que figuraba entre corchetes;
- suprimir la primera oración del proyecto de párrafo pero manteniendo, en un futuro proyecto revisado, el principio referente a la cuantía de la garantía que deberá prestarse; y
- aclarar el texto del apartado b) o reformularlo para indicar que el porteador podrá negarse a ejecutar una orden si no recibe la debida garantía.

Proyecto de artículo 57, párrafo 4

55. Se recordó al Grupo de Trabajo que se tenía previsto estudiar, en el marco del párrafo 4 del proyecto de artículo 57, cuestiones como la naturaleza de la responsabilidad del porteador por no ejecutar las instrucciones de la parte controladora y toda limitación de dicha responsabilidad, así como otras cuestiones como la carga de la prueba. A juicio de una delegación, el texto del párrafo 4 del proyecto de artículo 57 que se proponía en el párrafo 20 del documento A/CN.9/WG.III/WP.50/Rev.1 representaba una mejora con respecto al texto existente del proyecto de convenio, pues en él se aclaraba la base de la responsabilidad y la limitación de tal responsabilidad.

56. Como aclaración suplementaria, se expresó la opinión de que las pérdidas o los daños materiales resultantes del incumplimiento de las instrucciones por parte del porteador se regirían por el régimen general de la responsabilidad enunciado en el artículo 17 del proyecto de convenio. En la medida en que las pérdidas fueran materiales, se estimó que cabría suprimir el párrafo 4 del proyecto de artículo 57 para dejar estas pérdidas al arbitrio del régimen general de la responsabilidad. No obstante, se señaló que lo más probable era que esas pérdidas fueran económicas, y no materiales, como, por ejemplo, las pérdidas resultantes de que no se hayan descargado las mercancías en un puerto de escala, lo cual podía suponer que su venta reportara un beneficio menor. Se indicó que el texto del párrafo 4 no regulaba adecuadamente la cuestión de las pérdidas económicas eventuales y que, si se suprimía el texto para que dicha cuestión pasara a regirse por el régimen general de la responsabilidad, tampoco se resolvería el problema. En el Grupo de Trabajo hubo acuerdo general en que, dada la complejidad de toda reglamentación de las pérdidas

económicas, se dejara esta cuestión al arbitrio del derecho interno. Pese a que algunas delegaciones estimaron que con la simple supresión del párrafo 4 del proyecto de artículo 57 las pérdidas materiales se regirían por las disposiciones generales de la responsabilidad y de su limitación, mientras que las pérdidas económicas quedarían al arbitrio del derecho interno, como pretendía el Grupo de Trabajo, se respaldó la petición de una delegación de que se preparara alguna disposición que definiera mejor esta intención, para examinarla ulteriormente. Además, se consideró que tal vez procediera insertar en alguna otra parte del proyecto de convenio una disposición más general por la que se remitiera el régimen de las pérdidas económicas al derecho interno; esta cuestión quedó pendiente y el Grupo de Trabajo la examinará ulteriormente.

57. Varias delegaciones apoyaron la opinión de que si se dejaba la cuestión de las pérdidas económicas al arbitrio del derecho interno, la cuestión de la limitación de esas pérdidas habría de dejarse asimismo al arbitrio del derecho interno. El Grupo de Trabajo tomó nota de esta sugerencia para examinarla ulteriormente.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el párrafo 4 del proyecto de artículo 57:

58. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió lo siguiente:

- suprimir el texto actual del párrafo 4 del proyecto de artículo 57; y
- pedir a la Secretaría que preparara un texto, que el Grupo de Trabajo examinaría ulteriormente, en el que se remitieran las pérdidas materiales al régimen general aplicable a la responsabilidad y a los límites de la responsabilidad, y las pérdidas económicas al derecho interno.

Proyecto de artículo 58. Entrega presumible

59. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido del proyecto de artículo 58.

Proyecto de artículo 59. Obligación de facilitar información o documentos y de dar instrucciones al porteador

Cuestiones referentes al ámbito de aplicación y el contenido del proyecto de artículo 59

60. En lo concerniente al ámbito de aplicación y el cometido de este proyecto de artículo se plantearon las siguientes cuestiones:

a) Dado que la parte controladora no tiene por qué tener un interés personal en la carga, tal vez no sea siempre la persona más indicada para facilitar al porteador la información requerida;

b) Dado que la parte controladora no necesita dar su consentimiento para ser designada parte controladora y que tal vez incluso desconozca su designación como tal, no procede imponerle el tipo de obligaciones previstas en el proyecto de artículo;

c) En el proyecto de artículo se habla no solo de información, sino también de “instrucciones o documentos”, que pudieran no estar al alcance de la parte controladora;

d) No está clara la relación entre la información a que se hace referencia en el proyecto de artículo y la información que el cargador está ya obligado a facilitar a tenor del apartado a) del proyecto de artículo 30;

e) Tal vez no proceda solicitar, como se dispone en la segunda oración del proyecto de artículo, que el cargador facilite la información no obtenida de la parte controladora, dado que el cargador, al requerirse esa información, tal vez no tenga un interés directo en la operación, por tratarse de información referente a las instrucciones para la descarga de la mercancías a raíz de una orden de entrega especial dada por la parte controladora;

f) No se definen en modo alguno las consecuencias de que la parte controladora o el cargador no faciliten la información solicitada por el porteador; y

g) Solo el porteador, como parte en el contrato de transporte, y no la parte ejecutante, debe estar habilitado para solicitar información, instrucciones o documentos adicionales.

Respuestas a las cuestiones referentes al ámbito de aplicación y el cometido del proyecto de artículo 59

61. En respuesta a dichas cuestiones, se expresó firme apoyo al principio enunciado en el proyecto de artículo, pues era crucial para el porteador poder recurrir a determinada parte para obtener toda información que necesitara una vez que hubiera asumido la custodia de las mercancías. Esa información podría ser, por ejemplo, requerida para cumplir alguna orden recibida conforme a lo previsto en el artículo 54 o a raíz de algún suceso imprevisto (por ejemplo, una huelga en el puerto de descarga o la necesidad de adoptar medidas especiales para preservar las mercancías). Además, se señaló que:

a) La designación de una parte controladora suele efectuarse a raíz de un contrato de venta o de la emisión de un crédito documentario, por lo que cabe prever que todo comprador o consignatario o todo banco que emita una carta de crédito haya previsto dicha posibilidad;

b) Aun cuando la parte controladora no haya aceptado expresamente su designación como tal, o incluso no tenga noticia de ella, cabrá por lo común presumir que dicha parte estará interesada en que se preserven las mercancías, ya sea por haberlas comprado o por haber adquirido una garantía real sobre ellas;

c) En el contexto de la regla del artículo 59, la parte ejecutante ocupa una posición más significativa que la que ocupa respecto de otras disposiciones, en las que se había suprimido sin problema la referencia a la parte ejecutante, por estimarse que era ajena a la relación contractual; por lo que, en este caso, tal vez procediera mantener la referencia a la parte ejecutante marítima; y

d) Cabría tener en cuenta la eventual falta de disponibilidad de la información, de las instrucciones o de los documentos (“esos datos ...”) agregando a dicho texto las palabras “siempre que disponga de ellos”, a fin de aligerar así la carga que se está imponiendo a la parte controladora.

Consecuencias de que no se facilite la información solicitada

62. Sobre las consecuencias de que la parte controladora o el cargador incumpla la obligación de proporcionar al porteador la información solicitada, se señalaron las siguientes posibilidades:

a) El porteador quedaría exonerado de responsabilidad por todo daño sufrido por las mercancías o por toda demora en su entrega que sea imputable al hecho de no habérsele facilitado la información solicitada. Esta consecuencia se derivaría del régimen general de la responsabilidad establecido en el artículo 17, por lo que no sería preciso incluir regla alguna al respecto en el proyecto de artículo 59;

b) Cabría autorizar al porteador para negarse a ejecutar una ordena dada conforme a lo previsto en el artículo 54, mientras la parte controladora o el cargador no le hubieran proporcionado la información solicitada conforme a lo previsto en el artículo 59. Esta facultad sería el resultado implícito del requisito, enunciado en el apartado b) del párrafo 1 de la variante B del artículo 57, de que toda orden dada al porteador pueda ser razonablemente ejecutada, pero se señaló que el Grupo de Trabajo tal vez desee, en su momento, precisar más éste.

Parecer predominante y sugerencias de forma suplementarias

63. Prevaleció el parecer, en el Grupo de Trabajo, de que este proyecto de artículo enunciaba una regla útil para resolver determinado problema, por lo que procedía mantener su contenido en el futuro convenio. No obstante, quedaba pendiente la cuestión de su eventual solapamiento con la obligación que tenía el cargador, a tenor del apartado a) del artículo 30, así como la procedencia de hacer depender el acceso a dicha información de una obligación impuesta a la parte controladora. Como posible solución, se sugirió reformular no solo el título del proyecto de artículo, a fin de que refleje su finalidad concerniente a la información suplementaria exigible, sino también su texto con el fin de matizar las obligaciones de la parte controladora, variándolas ligeramente en función de que dicha parte ejerza o no activamente su derecho de control.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 59

64. El Grupo de Trabajo decidió lo siguiente:

- mantener en el texto el contenido del proyecto de artículo 59;
- pedir que se reformulara el título del proyecto de artículo, diferenciándolo del título del artículo 30 y adjetivando las palabras “información, instrucciones o documentos” con el término “suplementarios” y suprimiendo la referencia a “obligaciones”;
- mantener la referencia a la parte ejecutante, verificando si era necesaria a los efectos de esta disposición; y
- pedir a la Secretaría que reformulara el proyecto de artículo teniendo en cuenta las deliberaciones reseñadas, con miras a que el Grupo de Trabajo lo examinara ulteriormente.

Proyecto de artículo 60. Modificación por acuerdo

Ampliación de la lista de disposiciones de rango facultativo o susceptibles de estipulación en contrario

65. Si bien el Grupo de Trabajo se mostró en general de acuerdo con el contenido del proyecto de artículo 60, se expresó el parecer de que convendría ampliar la lista de disposiciones susceptibles de estipulación en contrario, particularmente a la luz de la índole comercial del proyecto de convenio, y sin menoscabo de que se preserve la índole imperativa de toda disposición que ampare algún derecho de las partes. Entre las disposiciones que cabría incluir en la lista del artículo 60 se citaron los apartados a) y d) del párrafo 1 del proyecto de artículo 56 y el proyecto de artículo 59. Ahora bien, se expresó cierta cautela frente a dicha ampliación de la lista de disposiciones de rango no imperativo del artículo 60, dado que había partes interesadas en la operación de transporte que podrían verse privadas del amparo otorgado por las disposiciones que se sugería incluir en esa lista, como sería el caso del consignatario de las mercancías o de un tenedor ulterior de un conocimiento de embarque. Se convino en general en que se estudiara cuidadosamente toda adición que se fuera a hacer en dicha lista, examinándose cada caso por separado.

Posible duplicación con el párrafo 2 del proyecto de artículo 55

66. Se señaló a la atención del Grupo de Trabajo la posibilidad de que la segunda oración del proyecto de artículo 60, por la que se exige que toda estipulación en contrario del régimen del Convenio sea consignada en los datos del contrato o incorporada a ellos por remisión, pudiera duplicar en parte lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 55 que exige que toda modificación del contrato de transporte sea consignada en el título de transporte o en el documento electrónico de transporte que se haya emitido.

Conclusiones del Grupo de Trabajo en lo concerniente al proyecto de artículo 60:

67. A raíz de sus deliberaciones, el Grupo de Trabajo decidió que:

- toda adición que eventualmente se hiciera a la lista de disposiciones de índole no imperativa del proyecto de artículo 60 se efectuara tras un estudio pormenorizado de cada caso en particular; y
- la Secretaría examine, al ir a reformular este artículo la posibilidad de que la regla en él enunciada duplique en alguna manera lo ya dispuesto en el párrafo 2 del proyecto de artículo 55.

Reconsideración de la regla del apartado d) del párrafo 1 del proyecto de artículo 56 y fórmula conciliatoria propuesta

68. Al concluir su examen del capítulo 11 concerniente al derecho de control, el Grupo de Trabajo reanudó, conforme a lo convenido, su examen del apartado d) del párrafo 1 del proyecto de artículo 56 que regula la extinción del derecho de control o su transferencia al consignatario (véase párr. 36 *supra*). Tras recordar la firmeza con que se expresaron ciertos pareceres divergentes a este respecto en el Grupo de Trabajo, se sugirió la siguiente fórmula conciliatoria para resolver dichas divergencias:

a) Extender la duración del derecho de control, respecto del texto propuesto en A/CN.9/WG.III/WP.56, hasta el momento de la entrega efectiva de las mercancías, conforme se hace en el texto propuesto en el párrafo 15 de A/CN.9/WG.III/WP.50/Rev.1;

b) Incluir la regla del apartado d) del párrafo 1 del artículo 56 en la lista de disposiciones de índole no imperativa del artículo 60, facultando así a las partes contractuales para abreviar la duración del derecho de control; y

c) Enmendar ligeramente la variante B del apartado c) del párrafo 1 del artículo 57 a fin de que el proceso de entrega figure entre los motivos que podrá alegar el porteador para denegar la ejecución de toda orden de la parte controladora que interfiera con el curso normal de sus operaciones.

69. Como respuesta a las preguntas formuladas respecto del funcionamiento efectivo de la fórmula conciliatoria sugerida, se explicó que la regla supletoria, por la que se aplazaba la extinción del derecho de control hasta el momento de la entrega efectiva de las mercancías, sería enunciada en el apartado d) del párrafo 1 del artículo 56, mientras que las partes podrían estipular toda modificación de la duración del derecho de control con arreglo a su autonomía contractual reconocida en el artículo 60. Se explicó además que la referencia al proceso de entrega, introducida en la variante B del artículo 57 1 c), tenía por objeto amparar al porteador, facultándole para denegar la ejecución de toda orden que le diera la parte controladora una vez iniciado el proceso de entrega de las mercancías.

70. Si bien algunas delegaciones pidieron que se les mostrara primero el texto por el que se fuera a dar curso a la fórmula conciliatoria propuesta, se apoyó en general con firmeza dicha propuesta. Algunos reiteraron el parecer de que la duración del derecho de control estaba ya definida al comienzo del artículo 54, por lo que no hacía falta definir en la regla del artículo 56 1 d) el momento de extinción de dicho derecho. Se observó, no obstante, que para poder incluir dicha regla en la lista de disposiciones de carácter no imperativo del artículo 60 hacía falta que se regulara explícitamente en alguna parte esa extinción del derecho de control. Se expresaron otros pareceres según los cuales no era necesario hacer una mención explícita, en la variante B del artículo 57 1 c), del proceso de entrega, dado que ese proceso formaba ya parte del curso normal de las operaciones del porteador. Como cuestión de forma, se observó que al incorporar la fórmula conciliatoria propuesta, se habría de evitar toda duplicación, en lo concerniente a la anotación que había de hacerse de toda modificación del contrato de transporte en todo título de transporte o documento electrónico de transporte emitido, a que pudiera dar lugar una aplicación combinada del párrafo 2 del artículo 55 y del artículo 60.

Conclusiones del Grupo de Trabajo en lo concerniente al apartado d) del párrafo 1 del proyecto de artículo 56:

71. A raíz de sus deliberaciones, el Grupo de Trabajo decidió que:

- se pidiera a la Secretaría que preparara un texto por el que se adoptara la fórmula conciliatoria enunciada en el anterior párrafo 68, prestando la debida atención a todas las cuestiones de forma mencionadas en el curso de las deliberaciones al respecto.

Examen de cuestiones sustantivas para su inclusión en el proyecto de convenio

72. Antes de pasar al examen de la siguiente cuestión que el Grupo de Trabajo tenía previsto abordar (véase A/CN.9/WG.III/WP.60, párr. 26), se propuso reconsiderar las cuestiones sustantivas que serían objeto del régimen del futuro convenio. Se observó que, desde el último calendario fijado por la Comisión para que el Grupo de Trabajo III concluyera su labor[2], el Grupo de Trabajo trabajaba sujeto a ciertos plazos para que finalizara su labor sobre el proyecto de convenio. Si bien se observó que todas las cuestiones sustantivas o de fondo actualmente abordadas en el proyecto de convenio eran importantes y merecedoras del esfuerzo encaminado a lograr una armonización jurídica al respecto en el ámbito internacional, algunas de ellas eran más controvertidas que otras y requerían una regulación más detallada, por lo que tal vez no procediera incluirlas en el proyecto actual de convenio. Se señaló también que, pese a su importancia, dichas cuestiones no constituían el eje central del régimen del convenio, dedicado a la cuestión de la responsabilidad y al comercio electrónico. Se estimó que tal vez convendría dejar las cuestiones más difíciles y complejas, tales como el derecho a la retención de las mercancías, los gravámenes, la posición reconocible a terceros en el contrato de transporte, la transferencia de responsabilidades y el flete, para ser examinadas más adelante en el marco de otro tipo de instrumento internacional, como una ley modelo.

73. Se argumentó que el traslado de algunas de las cuestiones más difíciles del proyecto de convenio a un futuro programa, al margen del proyecto de convenio, tendría, según algunas delegaciones, varias ventajas:

a) se simplificaría y racionalizaría el texto del proyecto de convenio;

b) un convenio simplificado resultaría más aceptable;

c) toda cuestión más compleja resultaría más fácil de resolver en el marco de un instrumento más flexible, como una ley modelo;

d) cabría dedicar más tiempo a toda cuestión particularmente difícil; y

e) se concluiría antes la labor preparatoria del proyecto de convenio actual.

74. Al ser general esa preocupación, se propuso que el Grupo de Trabajo recomendara a la Comisión que incluyera esas cuestiones en su programa para su labor futura. Se dijo que si el Grupo de Trabajo aprobaba este enfoque, podría pedir a la Secretaría que le ayudara a presentar esa recomendación a la Comisión.

---

[2] Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/60/17), párrafo 182.

75. Esta sugerencia obtuvo el firme respaldo del Grupo de Trabajo, pero se convino en que el traslado de ciertas cuestiones sustantivas del actual proyecto de convenio a una lista de cuestiones más complejas, destinadas a ser examinadas en el futuro, debería ser objeto de consulta. Se estimó que el Grupo de Trabajo podría empezar de inmediato a preparar una lista preliminar abierta de dichas cuestiones.

Conclusión del Grupo de Trabajo

76. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en que por el momento se dejaran de examinar algunas de las cuestiones más complejas y difíciles reguladas en el proyecto actual de convenio, pasándolas a una lista de cuestiones que se examinarían más adelante, posiblemente en el marco de una ley modelo o de algún otro instrumento jurídico internacional más flexible.

Transferencia de derechos - capítulo 12

77. En vista de la decisión de que se aplazara el examen de algunas de las cuestiones más complejas, se indicó al Grupo de Trabajo que el capítulo 12, relativo a la transferencia de derechos era una de las cuestiones que convendría aplazar. Se sostuvo que solo el proyecto de artículo 62 debería entrar en esa categoría de cuestiones aplazables hasta un debate ulterior, mientras que los proyectos de artículo 61 y 63 deberían examinarse durante el actual período de sesiones del Grupo de Trabajo. Según una opinión contraria, habría que suprimir el capítulo 12 en su totalidad. Si bien se consideró que la idea de suprimir el capítulo era prematura, varias delegaciones del Grupo de Trabajo estimaron que debería aplazarse el examen de todo el capítulo.

Conclusiones del Grupo de Trabajo

78. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en que se aplazara el examen del tema de la transferencia de derechos (capítulo 12) hasta después de que se celebraran consultas.

Entrega al consignatario - capítulo 10 (*continuación*)

79. Se recordó al Grupo de Trabajo que su examen más reciente del proyecto de capítulo 10 sobre la entrega al consignatario fue iniciado en su 16º período de sesiones (véase A/CN.9/591, párrs. 188 a 239), pero que se interrumpió dicho examen por falta de tiempo, por lo que será reanudado en su actual período de sesiones. Se recordó también que el examen completo más reciente de este tema por el Grupo de Trabajo tuvo lugar durante su 11º período de sesiones (véase A/CN.9/526, párrs. 62 a 99), y que la delegación de los Países Bajos presentó un documento con información concerniente a la entrega con ocasión del 16º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/WG.III/WP.57).

Proyecto de artículo 49. La entrega, caso de haberse emitido un título de transporte negociable o un documento electrónico de transporte negociable

Proyecto de artículo 49, apartado c)

80. El Grupo de Trabajo reanudó sus deliberaciones sobre el proyecto de capítulo 10 por el apartado c) del artículo 49, prosiguiendo así el examen de este tema por el lugar donde fue interrumpido en su 16º período de sesiones (véase A/CN.9/591, párr. 239). Se indicó que el proyecto de artículo 49 c) destinado a resolver un problema sistémico con el que tropieza un porteador en todo supuesto en el que se le inste a hacer entrega de las mercancías al consignatario sin serle presentado título de transporte negociable o documento electrónico de transporte negociable alguno. Se observó que esta práctica es bastante frecuente en ciertos ramos del comercio no solo en supuestos en los que el título de transporte negociable no estuviera disponible para ser presentado por razón de alguna demora imputable, por ejemplo, al funcionamiento del sistema crediticio, sino también en supuestos en los que se hiciera un uso tan anómalo del conocimiento de embarque, que dicho título no estuviera disponible en el puerto de descarga. En dichos casos, la regla del apartado c) del artículo 49 amparaba al porteador al liberarle de su obligación de hacer entrega de las mercancías al tenedor del título o documento, contra su devolución.

81. Se expresaron ciertas inquietudes respecto del engarce funcional de la regla del apartado c) del proyecto de artículo 49, dado que contravenía a la obligación ya tradicional de tener que presentar el conocimiento de embarque para obtener la entrega de las mercancías. Se adujo además el problema suscitado por el hecho de que el conocimiento de embarque seguiría estando en circulación, por lo que cabía que se presentara un tenedor para exigir la entrega de las mercancías. Se expresaron también reparos por razón del menoscabo que esta regla podría suponer para la coherencia interna del régimen del convenio, dado que con arreglo al capítulo concerniente al derecho de control, se exigía que la parte controladora presentara al porteador el título negociable a fin de poder ejercitar su derecho de control y dar instrucciones al porteador, procurándose así que el porteador tuviera conocimiento, en todo caso, de que la parte controladora era además el tenedor del título negociable.

82. Se respondió que la regla enunciada por este apartado tenía por objeto frustrar todo empleo abusivo del conocimiento de embarque, por ejemplo, la práctica de retener intencionalmente un documento de titularidad para utilizarlo como pagaré sin fecha de vencimiento y que el hecho de que la parte controladora hubiera de presentar el conocimiento de embarque para dar instrucciones al porteador no suponía que hubiera de hacer entrega del conocimiento para obtener la entrega de las mercancías. Respondiendo a la pregunta de si un vendedor FOB estaría lo bastante amparado por esta regla, se dijo que caso de tratarse de una venta FOB, el vendedor FOB estaría lo debidamente amparado por el hecho de que dicho vendedor sería, a la vez, el tenedor del título negociable o del documento electrónico de transporte, por lo que sería también la parte controladora que habría de dar la orden al porteador para que éste efectuara la entrega de las mercancías.

83. Se expresó cierto apoyo en el Grupo de Trabajo en pro de que se suprimiera este apartado. Ahora bien, el Grupo de Trabajo tomó nota del mencionado empleo abusivo que se hacía del conocimiento de embarque, por lo que aprobó esta tentativa de solucionar dicho problema, amparando al porteador que hubiera de efectuar la entrega en estas condiciones. Si bien se reconoció que no cabía dar por concluido el examen del apartado c) del artículo 49 hasta que el Grupo de Trabajo examinara las disposiciones conexas de los apartados d) y e), el Grupo de Trabajo se mostró favorable a la regla del apartado c) de este artículo.

Conclusiones del Grupo de Trabajo en lo concerniente al proyecto de artículo 49 c):

84. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió que:

- se retuviera el texto del apartado c) del proyecto de artículo 49 tal como figuraba en A/CN.9/WG.III/WP.56, a fin de que sirviera de base para sus futuras deliberaciones al respecto.

Variante A con el apartado d) y variante B con los apartados d) y e) del proyecto de artículo 49

85. Se dijo que las dos variantes del apartado d) del artículo 49 tenían por objeto indicar que el tenedor de un título de transporte negociable o de un documento electrónico de transporte negociable no retenía derecho alguno a la entrega de las mercancías, una vez efectuada la entrega. Se sugirió que tal vez procediera aclarar algo más este punto en el propio proyecto de texto.

86. Se expresó el parecer de que existía una notable divergencia entre las variantes A y B del apartado d) del artículo 49 dado que el texto entre corchetes de la variante A excluía de su propio ámbito de aplicación toda entrega de las mercancías sin presentación previa de un título o documento de titularidad que se hiciera con arreglo a lo previsto en el apartado c) de este mismo artículo, mientras que la variante B regulaba explícitamente dicho supuesto. Por ello, se expresó cierta preferencia por la variante B, dado que preveía salvaguardias adicionales para el supuesto de una entrega efectuada con arreglo al apartado c). Se expresó la inquietud de que el alcance de la variante B resultara demasiado restrictivo dado que cabría interpretarlo como aplicable únicamente a una entrega efectuada a tenor de lo previsto en el apartado c), privándose así del amparo debido a un tenedor de buena fe, al que no fuera aplicable el apartado c) de este artículo.

87. Se habló también del amparo debido al tenedor en todo supuesto en que se emitieran dos o más originales de un conocimiento de embarque. Se observó que en dichos casos, la práctica comercial facultaba al tenedor de uno de esos originales para reclamar la entrega de las mercancías, conforme a lo previsto en el apartado a) del artículo 49. Se sugirió insertar en el apartado d) de este mismo artículo el requisito de que todo conocimiento habrá de llevar consignado el número de originales que se haya emitido, o que, en caso contrario, se inserte este requisito en algún lugar del proyecto de capítulo 9 relativo a los títulos de transporte y a los documentos electrónicos de transporte, conforme fue propuesto en el párrafo 14 de A/CN.9/WG.III/WP.62, y se sugirió que se aplazara el examen de este punto hasta que se hubiera examinado el capítulo 9 (véanse párrs. 227, 230 y 233 *infra*).

88. Respondiendo a una pregunta, se indicó que la referencia que se hacía en el apartado d), a un "arreglo contractual o de otra índole, distinto del contrato de transporte", tenía por objeto amparar a todo tenedor de buena fe de un título o documento negociable. Se indicó además que en el supuesto de un banco que negociara una carta de crédito, la protección otorgada con arreglo al apartado d) del artículo 49 sería aplicable no solo a aquellos casos en los que el banco hubiera ya confirmado la carta emitida y estuviera por ello obligado a aceptar el título negociable, sino también a aquellos casos en los que se hubiera designado únicamente al banco intermediario, sin que éste hubiera aún asumido dicha obligación.

Conclusiones del Grupo de Trabajo en lo concerniente al apartado d) del proyecto de artículo 49

89. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió:

- retener los apartados d) y e) del artículo 49, es decir el texto de su variante B tal como figuraba en A/CN.9/WG.III/WP.56 para que sirviera de base para toda futura deliberación al respecto del Grupo de Trabajo; y
- encomendar a la Secretaría que reformulara el texto de la variante B, a la luz de sus deliberaciones al respecto.

Proyecto de artículo 50. Incumplimiento de la obligación de dar las instrucciones debidas

90. Se dijo que la regla del artículo 50 tenía por objeto amparar al porteador en aquellos casos, no demasiado raros en la práctica, en los que éste no pudiera efectuar la entrega de las mercancías por alguna insuficiencia de las instrucciones que ha de darle la parte controladora o el cargador con arreglo a lo previsto en los artículos 48 y 49, o por no haber podido localizar a la parte controladora o al cargador. Se sugirió que el calificativo de "debidas" con el que se adjetivaba el término "instrucciones" podría dar lugar a dificultades de interpretación, por lo que convendría aclarar su alcance, indicando, por ejemplo, que las instrucciones dadas deben ser suficientes para permitir la entrega de las mercancías.

91. Se sugirió suprimir la remisión que se hacía en los artículos 52 y 53 al artículo 50, pero que se mantuviera la remisión que se hacía al artículo 51 por ser este artículo el único lugar donde se enunciaban los derechos que el porteador podría ejercitar. Se respondió que los artículos 52 y 53 concernían a la aplicación del artículo 50. Se explicó, en particular, que el artículo 52 regulaba aquellos supuestos en los que el título de transporte llevara incorporada alguna obligación de dar aviso de la llegada de las mercancías al punto de destino, tal vez a una persona que no fuera la parte controladora, y se hubiera incumplido dicha obligación.

92. Se sugirió que el texto del artículo hiciera referencia al consignatario ya que cabía que, a la llegada de las mercancías al punto de destino, la parte controladora y el consignatario no fueran una misma persona.

Conclusiones del Grupo de Trabajo en lo concerniente al proyecto de artículo 50

93. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió que:

- la Secretaría examinara la manera de reformular el artículo 50 a la luz de las inquietudes formuladas en el curso de las deliberaciones.

Proyecto de artículo 51. Imposibilidad de efectuar la entrega

94. Se indicó que el artículo 51 tenía por objeto dotar al porteador de derechos y remedios en todo supuesto en el que haya intentado, sin éxito, hacer entrega de las mercancías, ya sea porque el consignatario no haya aceptado la entrega o por no haber podido efectuar dicha entrega por algún motivo legal o reglamentario.

95. Se dijo que debería vincularse expresamente lo dispuesto en el artículo 51 al artículo 50, a fin de no dar a entender que se conferían dichos derechos al porteador independientemente de todo incumplimiento por la parte controladora o por el cargador de su obligación de facilitar al porteador instrucciones apropiadas para la entrega. Se expresaron reservas respecto de la relación entre varias de las disposiciones del capítulo relativo a la entrega y se apoyó la opinión de que se aclarara en particular la relación entre los proyectos de artículo 46, 50, 51 y 53. Se opinó también que si se reordenaban ciertas disposiciones, anteponiendo, por ejemplo, la regla del aviso a dar, del artículo 52, al artículo 51 o fusionando tal vez el artículo 52 con elementos tomados del artículo 51, se aclararía quizá el juego combinado previsto de estas disposiciones.

Proyecto de artículo 51, párrafo 1

96. Se observó, con respecto al apartado a) del párrafo 1 del artículo 51 que podían hacerse dos tipos de arreglos contractuales en relación con la custodia de las mercancías que no pudieran ser entregadas: un contrato ulterior para almacenar las mercancías o un acuerdo entre el cargador y el porteador de no recurrir a los remedios previstos en el artículo 51 y de concertar alguna otra solución. Se expresó la opinión de que no se necesitaba el texto entre corchetes en el apartado a) para dar margen a la formación de un contrato ulterior y que, por lo tanto, debería suprimirse. Se propuso además que cabía dar margen para concertar otros arreglos entre el cargador y el porteador insertando en algún lugar apropiado del párrafo 1 las palabras “salvo que se haya convenido otra cosa en el contrato de transporte”. Se apoyó estas propuestas, pero se observó que se debería obrar con cautela a la hora de insertar las palabras “salvo que se haya convenido otra cosa en el contrato de transporte” en el párrafo 1 del artículo 51, a fin de evitar todo efecto imprevisto, como sería alguna modificación del párrafo 2 donde se hacía remisión al párrafo 1 del mismo artículo.

Proyecto de artículo 51, párrafo 2

97. Se sugirió precisar, en el apartado b) del párrafo 2, que las palabras “tomar toda otra medida” incluían la “destrucción eventual de las mercancías”. Esta sugerencia obtuvo apoyo en el Grupo de Trabajo, debido a que a menudo un porteador había de actuar con rapidez para destruir bienes perecederos o que supusieran un peligro depositados bajo su custodia. Se preguntó si este derecho a destruir mercancías sería condicional o incondicional. Se opinó además que toda disposición que previera la destrucción eventual de las mercancías debería prever

también la supervisión de las autoridades del lugar, al igual que la venta de las mercancías conforme a lo previsto en el apartado c) del párrafo 2 del artículo 51.

98. Se formularon reservas sobre las palabras "en opinión del porteador", que figuraban en el apartado b) del párrafo 2, particularmente si en dicho párrafo se facultaba al porteador para la destrucción eventual de las mercancías, tal como se había sugerido. Se estimó que esas palabras deberían suprimirse, pues dicha regla resultaría demasiado subjetiva si se hacía depender su aplicación de la opinión del porteador; en cambio, las palabras "esté razonablemente impuesta por las circunstancias" resultaban apropiadas y deberían mantenerse en el texto. Si bien hubo algunas críticas contra la supresión de las palabras "en opinión del porteador" por considerarse que el texto así mutilado resultaría demasiado restrictivo para el porteador en casos en que hubiera de adoptar decisiones rápidas, se estimó que el criterio impuesto, de la razonabilidad de la medida que se adoptara, era lo bastante flexible para ser correctamente aplicado en tales circunstancias. Se propuso que se aplicara también dicho criterio, de la "razonabilidad de la medida adoptada", del apartado b) del párrafo 2 a sus apartados a) y c). Se expresó la opinión que al determinar el criterio apropiado para esta disposición debía tenerse presente el contexto y que no se trataba de enajenar las mercancías durante el contrato de transporte sino de dar al porteador los derechos necesarios para ocuparse de las mercancías depositadas bajo su custodia una vez cumplidas sus obligaciones dimanantes del contrato de transporte.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre los párrafos 1 y 2 del proyecto de artículo 51

99. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió lo siguiente:

- suprimir el texto que figuraba entre corchetes en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 51;
- insertar en un lugar apropiado del texto del apartado a) las palabras "salvo que se haya convenido otra cosa en el contrato de transporte";
- agregar al apartado b) del párrafo 2 alguna norma referente a la destrucción de las mercancías que tal vez requiera que se haga bajo la supervisión de alguna autoridad del lugar;
- suprimir las palabras "en opinión del porteador" en el apartado b) del párrafo 2;
- adaptar el título del proyecto de artículo a su contenido;
- reordenar los artículos del proyecto de capítulo concerniente a la entrega, en aras de una mayor funcionalidad y claridad, buscando en particular la ubicación más idónea para el proyecto de artículo 52;
- pedir a la Secretaría que examine y prepare toda modificación que proceda del texto a la luz de las deliberaciones reseñadas.

Proyecto de artículo 51, párrafo 3

100. Se expresaron ciertas reservas sobre la segunda mitad del texto del párrafo 3 del proyecto de artículo 51, pues se estimó que las palabras "a reserva de toda deducción por concepto de cualquier gasto en el que se haya incurrido respecto de las mercancías y de toda otra suma que le sea debida al porteador" podrían interpretarse en el sentido de que comprendían las sumas adeudadas al porteador por concepto de otras remesas de mercancías. El Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo en que ésa no era la intención de la disposición, y estimó que bastaría con trasladar las palabras "respecto de las mercancías" al final de la frase, para aclarar dicho texto. Se cuestionó la procedencia de esta aclaración, al sostenerse que el porteador debería poder deducir del producto de la venta cualquier cantidad que se le adeudara por concepto de transportes anteriores. Dicho parecer no fue aceptado y varias delegaciones apoyaron la opinión de que dicha regla solo debería abarcar toda suma debida al porteador por concepto del transporte de la remesa de que se trate, mientras que cuando una deuda no guarde relación con dicha remesa, deberá dejarse la cuestión de si el porteador tendrá derecho a efectuar una deducción compensatoria por ese concepto al arbitrio del derecho interno aplicable.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el párrafo 3 del proyecto de artículo 51

101. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que:

- esta disposición contaba con apoyo, por lo que la Secretaría debería estudiar toda modificación del texto que le diera mayor claridad, a la luz de las deliberaciones reseñadas; y
- se estudiaría, en la versión inglesa, la procedencia de hablar, en el título de este artículo, de "(mercancías) no reclamadas" (*unclaimed*) en vez de "no entregables" (*undeliverable*).

Proyecto de artículo 52. Notificación de llegada a su lugar de destino

Proyecto de artículo 52

102. Se expresó la opinión de que el texto actual del artículo era demasiado restrictivo, en el sentido de que solo trataba de la notificación de la llegada de las mercancías a su lugar de destino. Sin embargo, en la práctica, los porteadores se enfrentaban con frecuencia con la necesidad urgente de adoptar medidas cautelares o de otra índole con respecto a la carga que no había llegado a su lugar de destino, por ejemplo a raíz de un accidente. Se sugirió ampliar el proyecto de artículo para que resultara aplicable a esos supuestos.

103. Se respondió que este artículo solo pretendía ser aplicable al ejercicio de ciertos derechos del porteador tras la llegada de las mercancías a su lugar de destino. La obligación general del porteador de custodiar la carga, por ejemplo, se regulaba en el artículo 14, mientras que los remedios de que dispone el porteador con respecto a las mercancías que puedan constituir un peligro para la carga están reguladas en el artículo 15, y el derecho del porteador a recibir ciertas instrucciones de la parte controladora estaba regulado en el artículo 59. En su conjunto, esas disposiciones facultaban ya al porteador para actuar en circunstancias extraordinarias. No obstante, se reconoció que tal vez procediera aclarar el juego

recíproco de todas esas disposiciones en una futura versión del proyecto de convenio.

104. Se preguntó si el porteador debería dar un aviso expreso a la persona adecuada antes de hacer uso de cualquiera de los derechos mencionados en el párrafo 2 del artículo 51. Se respondió que la finalidad del artículo 52 no era otra que la de supeditar el ejercicio de cualquiera de los derechos mencionados en el párrafo 2 del artículo 51 a su obligación de dar un aviso oportuno, a la persona adecuada, de la llegada de las mercancías a su lugar de destino. Es decir, un porteador no debería, por ejemplo, proceder a la venta de las mercancías no reclamadas sin haber dado aviso a la persona indicada de la llegada de las mercancías a su lugar de destino. Dicho artículo no exige que el porteador dé un segundo aviso para indicar las medidas que piensa adoptar respecto de las mercancías no reclamadas al aplicar algún remedio previsto en el párrafo 2 del proyecto de artículo 51.

105. Hubo acuerdo general en que el porteador no podría valerse de ningún remedio ofrecido en el párrafo 2 del artículo 51 sin haber dado aviso de la llegada de las mercancías a la persona adecuada. A este respecto, se sugirió que el proyecto de convenio exigiera expresamente, a título general, que el porteador diera ese aviso. Se recordó, no obstante, al Grupo de Trabajo sus deliberaciones anteriores con respecto al artículo 46, en las que se había decidido que el proyecto de convenio no debería establecer requisito general alguno de dar aviso de la llegada de las mercancías (véase A/CN.9/591, párr. 214). Se sugirió además que se aclarara en el texto de este artículo el orden por el que se habría de notificar a las personas en él mencionadas.

Conclusiones del Grupo de Trabajo con respecto al proyecto de artículo 52

106. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió que:

- se mantuviera el contenido del artículo, pero aclarándose el orden por el que debería darse aviso a las partes en él mencionadas; y
- tal vez procediera reconsiderar la ubicación de este proyecto de artículo.

Proyecto de artículo 53. Responsabilidad del porteador por las mercancías que no haya podido entregar

Su fusión eventual con el proyecto de artículo 46

107. Se observó que tanto el proyecto de artículo 53 como la segunda oración del proyecto de artículo 46 regulaban la responsabilidad del porteador, en todo supuesto en que se dejara las mercancías bajo su custodia, después de su llegada al punto de destino. Se indicó además que, aun cuando el proyecto de artículo 51, al que se remitía en el artículo 53, enunciaba una regla de mayor alcance que la del artículo 46, la responsabilidad del porteador definida en los proyectos de artículo 46 y 53 era de índole similar. Se sugirió por ello fusionar en una única disposición el contenido del artículo 53 y la segunda oración del artículo 46. El Grupo de Trabajo se mostró favorable a esta propuesta aun cuando se observó que el momento del traspaso de la responsabilidad por las mercancías no sería exactamente el mismo a tenor del artículo 46 que a tenor del artículo 53.

Norma de la responsabilidad aplicable al porteador

108. Un gran número de delegaciones se mostraron insatisfechas por lo bajo que se había fijado la norma de responsabilidad aplicable al porteador en el artículo 53, según la cual éste habría de cometer un acto doloso o de negligencia temeraria para ser tenido por responsable de la pérdida de aquellas mercancías que no hubiera podido entregar. Ahora bien, prevaleció el parecer de que la norma de responsabilidad aplicable en este supuesto no debería ser tan elevada como la del artículo 17 del proyecto de convenio, concerniente a la responsabilidad general del porteador por toda pérdida o daño ocasionado a las mercancías durante el período de su responsabilidad, dado que en el supuesto regulado por el artículo 53, las mercancías seguían estando bajo la custodia del porteador por un incumplimiento imputable al consignatario, al no haber éste aceptado su entrega. El Grupo de Trabajo se mostró claramente favorable a que la norma de responsabilidad aplicable al porteador en este supuesto fuera más baja que la establecida por el artículo 17 pero más elevada que la del texto actual del artículo 53.

109. Se expresaron diversos pareceres respecto de la forma en que procedería articular en el marco del convenio, la norma de responsabilidad aplicable al porteador, al fusionarse las reglas enunciadas al respecto en los artículos 46 y 53, a fin de que el nuevo texto sea interpretado por igual en todos los ordenamientos jurídicos. Se formularon las siguientes propuestas al respecto:

a) No haber obrado con grave negligencia o cometido “falta grave”; aun cuando se dijo que en algunos ordenamientos se desconoce este concepto;

b) Obrar con el cuidado razonable en función de las circunstancias; aun cuando algunos estimaron que esta norma evocaba la de obrar con la debida diligencia que se estimó excesiva en el supuesto actual, ya que, según se dijo, caso de combinarse esta norma con la de la culpa eventual asignable al porteador, se estaría elevando su responsabilidad, en algunos ordenamientos, al nivel establecido en el artículo 17;

c) Cuidar de las mercancías como si fueran propias o sin incurrir en negligencia grave, pese a que esta norma era poco conocida; y

d) Adoptar la norma de responsabilidad enunciada en el artículo 17 actual, basada en la culpa eventual, pero sin invertir la carga de la prueba.

110. Si obtuvo cierto apoyo cada una de dichas propuestas, se estimó que ninguna de ellas se prestaba a ser interpretada por igual en los diversos ordenamientos jurídicos. No obstante, se estimó que había suficiente acuerdo en el Grupo de Trabajo acerca de la norma de responsabilidad aplicable al porteador en el caso considerado para que se preparara un texto que pudiera ser examinado por el Grupo de Trabajo.

111. Se expresó también el parecer que tal vez procediera aplicar una norma de diligencia distinta según que el porteador hubiera retenido la custodia de las mercancías o la hubiera encomendado a un tercero. Se sugirió que en el primer caso se siguiera aplicando al porteador una norma algo más estricta, mientras que en el segundo se le tuviera únicamente por responsable de su culpa eventual en la elección del encargado de custodiar las mercancías. Ahora bien, se expresaron ciertas dudas sobre la procedencia de distinguir entre esos dos supuestos, dado que

la responsabilidad del porteador por la custodia de las mercancías no era probablemente delegable a otra persona.

Carga de la prueba

112. Se pasó a examinar la cuestión de la carga de la prueba, en el marco del futuro artículo fusionado, por la pérdida o daño de las mercancías y se sugirió que se asignara al consignatario dicha carga, ya que, si el porteador seguía teniendo la custodia de las mercancías, ello se debía al consignatario que no aceptó su entrega al término de la operación negociada en el contrato de transporte. Este parecer obtuvo el apoyo requerido.

Conclusiones del Grupo de Trabajo en lo concerniente al proyecto de artículo 53

113. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió que:

- se fusionara en un solo texto el proyecto de artículo 53 con la segunda oración del proyecto de artículo 46;
- se impusiera una norma de diligencia algo más alta que la exigida en el artículo 53 actual pero inferior a la del artículo 17, debiéndose velar por que se prestara a ser interpretada por igual en todos los ordenamientos jurídicos; y
- la Secretaría preparara a la luz de las deliberaciones una nueva versión de este artículo, que sirviera de base para la futura labor del Grupo de Trabajo.

Derecho de retención

114. Se recordó al Grupo de Trabajo que se había sugerido, en su 16º período de sesiones, al examinarse el capítulo 10 del proyecto de convenio que se regulara en su texto el derecho del porteador a retener la carga en determinados supuestos (véase A/CN.9/591, párrs. 221 y 222). Se recordó además la propuesta presentada al Grupo de Trabajo, en su actual período de sesiones, concerniente al derecho eventual del porteador a retener las mercancías (A/CN.9/WG.III/WP.63).

115. Se señaló que si bien cabía considerar la regulación sustantiva del derecho de retención como parte del juego más completo de cuestiones que serían examinadas más adelante por el Grupo de Trabajo, la regla actual del artículo 13 del proyecto de convenio, imponiendo una obligación absoluta al porteador de hacer entrega de las mercancías, se prestaba a ser entendida como impidiendo todo ejercicio por el porteador de algún derecho de retención eventual que le fuera reconocido por la ley por lo demás aplicable. Se sugirió por ello insertar una regla en el proyecto de convenio en donde se explicitara que su régimen no interferiría en modo alguno con todo derecho de retención que el derecho interno por lo demás aplicable reconociera al porteador. Se sugirió además que se redactara esa nueva disposición en términos parecidos a los de la regla enunciada en el párrafo 14 de A/CN.9/WG.III/WP.63, habida cuenta del enfoque similar adoptado en el artículo 87 del proyecto de convenio, en lo concerniente a la avería gruesa. Hubo apoyo en el Grupo de Trabajo por esta propuesta, sugiriéndose que la Secretaría buscara el lugar más adecuado para insertar dicha regla, y que reformulara su texto en términos que resultaran coherentes con los de toda otra disposición conexa del proyecto de convenio,

prestándose particular atención, a dicho respecto, a la referencia que se hacía en el párrafo 14 de A/CN.9/WG.III/WP.63 a la parte ejecutante marítima.

116. Ahora bien, se expresó cierta cautela respecto al empleo abusivo de textos por los que se pretendiera aclarar que el régimen del convenio respetaba el derecho por lo demás aplicable a toda cuestión no expresamente regulada por el futuro convenio, ya que ello se prestaba a ser entendido como indicando que, en todo supuesto no expresamente mencionado, el régimen del convenio si interferiría con la norma de derecho interno por lo demás aplicable.

Conclusiones del Grupo de Trabajo:

117. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió que:

- la Secretaría formulara una nueva disposición reguladora del derecho de retención a la luz de lo dicho en sus deliberaciones, inspirándose, en particular, en el texto enunciado en el párrafo 14 de A/CN.9/WG.III/WP.63, que luego se ubicaría conforme proceda en el texto del convenio.

Responsabilidad del porteador y del cargador por todo incumplimiento de una obligación prevista pero no expresamente regulada en el proyecto de convenio

118. Se informó al Grupo de Trabajo que, en el marco de las consultas informales sobre el tema de la entrega de las mercancías al consignatario, se suscitó la cuestión de si se enunciaría en el proyecto de convenio una disposición sobre la responsabilidad del porteador y del cargador por todo incumplimiento de alguna obligación prevista pero no expresamente regulada en el proyecto de convenio (véase A/CN.9/WG.III/WP.57, párrs. 49 a 52).

119. Se sugirió que esa regla de índole general serviría para resolver ciertos supuestos como, por ejemplo, el de un error en la entrega o de en entrega a persona distinta del consignatario. Ahora bien, se indicó asimismo que, si bien esa disposición pudiera ser en principio conveniente, su preparación pudiera resultar excesivamente laboriosa y lenta, por lo que la ultimación de su texto pudiera dificultar aún más la finalización del texto del convenio. Se sugirió además que se dejara este asunto al arbitrio del derecho interno, mientras que ciertas cuestiones, como la de los límites de la responsabilidad por error en la entrega, serían mejor tratadas en el capítulo del proyecto de convenio dedicado a los límites de la responsabilidad.

Conclusiones del Grupo de Trabajo:

120. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió que:

- no se insertara en el proyecto de convenio una disposición general sobre la responsabilidad del porteador y del cargador en supuestos que estuvieran previstos pero no expresamente resueltos en el proyecto de convenio.

Ámbito de aplicación, autonomía contractual y disposiciones conexas

121. Se recordó al Grupo de Trabajo que muy recientemente, en sus períodos de sesiones 14º y 15º, había examinado los temas del ámbito de aplicación y de la autonomía contractual de las partes (véanse A/CN.9/572, párrs. 81 a 104, y A/CN.9/576, párrs. 10 a 109, respectivamente). Se recordó asimismo que se

habían presentado propuestas sobre el ámbito de aplicación, la autonomía contractual y disposiciones conexas para que las examinara el Grupo de Trabajo en su actual período de sesiones (A/CN.9/WG.III/WP.61, A/CN.9/WG.III/WP.65 y A/CN.9/WG.III/WP.70).

122. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo con la sugerencia de que examinara el ámbito de aplicación, la autonomía contractual y las disposiciones conexas basándose en el texto revisado propuesto que figura en los documentos presentados (en particular en A/CN.9/WG.III/WP.61) y que abordara las principales cuestiones pendientes, a saber:

a) Supresión propuesta del apartado c) del párrafo 1 del artículo 8 del proyecto de convenio;

b) Nuevo texto propuesto para aclarar el artículo 9 que regulaba el ámbito de aplicación del proyecto de convenio;

c) Nuevo artículo 10 propuesto sobre la protección de terceros que sean partes en un contrato de transporte ajeno al ámbito de aplicación del proyecto de convenio y, en particular sobre si sería aceptable definir tales partes sin hacer remisión a un título de transporte o a un documento electrónico de transporte;

d) Nuevo párrafo 5 propuesto para el artículo 20 con miras a aclarar el ámbito de aplicación respecto de la parte ejecutante marítima;

e) Nuevo examen del párrafo 2 del artículo 94 referente al rango imperativo de ciertas disposiciones del proyecto de convenio aplicables a los cargadores y a otras partes;

f) Texto enmendado del párrafo 1 del artículo 95 relativo a las condiciones para el ejercicio de la autonomía en el marco de un contrato de volumen;

g) Nuevo examen de las reglas imperativas del párrafo 4 del artículo 95 del proyecto de convenio a las que no cabrá hacer excepción;

h) Texto enmendado del apartado b) del párrafo 5 del artículo 95, relativo a las condiciones en las que un tercero podrá consentir en quedar obligado por las cláusulas de un contrato de volumen;

i) Idoneidad de la regla del apartado c) del párrafo 5 del artículo 95, que impone la carga de la prueba a la parte que invoque el contrato de volumen; y

j) Toda otra cuestión referente al ámbito de aplicación y a la autonomía de las partes que sea de interés para el Grupo de Trabajo.

Proyecto de artículo 8. Ámbito de aplicación general

123. El Grupo de Trabajo consideró el texto del artículo 8 que figura en el anexo de A/CN.9/WG.III/WP.56 a la luz de los retoques sugeridos en los párrafos 19 a 22 de A/CN.9/WG.III/WP.61. Se propuso en el Grupo de Trabajo retener sin corchetes, por razones de coherencia, los dos puntos de referencia “o puerto de carga” y “o puerto de descarga” que figuran en los apartados a) y b) del párrafo 1 del artículo 8, dado que se utilizan en otro capítulo del convenio como factores de conexión para determinar la competencia del foro judicial para conocer de una demanda contra el porteador (véase A/CN.9/WG.III/WP.61, párr. 21). Se expresaron al mismo tiempo

reservas sobre la propuesta de suprimir los textos que aparecen entre corchetes en la parte introductoria del párrafo 1 del artículo 8 y sobre la sugerencia de sustituirlas por una nota explicativa apropiada sobre el proyecto de convenio.

Proyecto de apartado c) del párrafo 1 del artículo 8. Incorporación contractual del proyecto de convenio o de la ley aplicable

124. Se recordó al Grupo de Trabajo que la última vez que había examinado el apartado c) del párrafo 1 del proyecto de artículo 8 fue en su 15º período de sesiones (A/CN.9/576, párr. 61); en aquella ocasión, el Grupo de Trabajo no llegó a ninguna decisión sobre si había que suprimir o mantener el apartado c). Se explicó al Grupo de Trabajo que esas cuestiones se habían analizado en profundidad en el documento A/CN.9/WG.III/WP.65, con miras a ayudar al Grupo de Trabajo a adoptar una decisión a este respecto. Se recordó que el texto del apartado c) del párrafo 1 del artículo 8 se había tomado del apartado c) del artículo 10 de las Reglas de La Haya-Visby, donde se había insertado a raíz de la Enmienda de Visby, con el fin de ampliar el ámbito de aplicación geográfico bastante limitado de las Reglas de La Haya.

125. Se estimó que el ámbito de aplicación del proyecto de convenio ya era de por sí lo bastante amplio y no requería una regla como la del apartado c) para ampliarlo algo más, particularmente si esa ligera ampliación podía generar más problemas que beneficios. Se mencionaron como posibles problemas los siguientes:

a) Perpetuar las divergencias de interpretación a las que habían dado lugar las Reglas de La Haya-Visby, particularmente en lo relativo a si dicho apartado tenía por objeto constituir una regla para la elección de ley aplicable o si preveía simplemente la incorporación del régimen del futuro convenio por estipulación de las partes en su contrato de transporte;

b) Ser fuente eventual de conflicto con alguna de las numerosas reglas de los dos capítulos que regulan en el convenio la vía judicial y el arbitraje, que remiten normalmente a la ley del foro, y no a la ley del Estado elegido en el contrato de transporte;

c) La parte ejecutante marítima podría verse sujeta, sin desearlo, al régimen del convenio, pese a haber cumplido su cometido en un tramo entre dos Estados no contratantes;

d) Dicha regla había suscitado, en ciertos países dificultades de rango constitucional, pues las partes podían valerse de ella para evitar que un contrato de transporte se rigiera por reglas de rango imperativo o de orden público del Estado Contratante; y

e) La ley por la que, a tenor del apartado c) del párrafo 1 del artículo 8, se declare aplicable el régimen del convenio, tal vez difiera, por lo demás, del mismo, convirtiéndose así en otra fuente eventual de conflictos.

126. Aparte del riesgo de que su inserción suscite esos problemas, se sugirió que la supresión del apartado c) no impedirá que las partes incorporen el proyecto de convenio a los términos de su contrato de transporte, a reserva de todo límite impuesto por la ley aplicable. En vista de estos factores, el Grupo de Trabajo se mostró favorable a la supresión del apartado c) del párrafo 1.

127. No obstante, algunas delegaciones se declararon partidarias de mantener en el texto el apartado c). Se argumentó que, además de ampliar ligeramente su ámbito de aplicación, dicha regla podría evitar la complejidad que supondría para el porteador que en un mismo viaje, con puertos de escala en distintos Estados Contratantes y no contratantes, solo una parte de la carga se rija por el proyecto de convenio. Como ventajas adicionales de retener el apartado c), se citaron la gran claridad de su texto sobre si las partes podrán acogerse al régimen del convenio en virtud de una cláusula contractual de elección de la ley aplicable y la de que, en ordenamientos con un tribunal de casación, la aplicabilidad del régimen del convenio en virtud de dicha cláusula permitiría que dicho tribunal examinara el caso conforme al régimen del convenio.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 8

128. Tras deliberar, el Grupo decidió lo siguiente:

- retener, pero sin corchetes, las palabras "o puerto de carga" y "o puerto de descarga", en los apartados a) y b) del párrafo 1; y
- suprimir el apartado c) del párrafo 1 del artículo 8 del proyecto de convenio.

Proyecto de artículo 9. Exclusiones e inclusiones de su régimen

129. Se recordó al Grupo de Trabajo que se habían sometido a su examen dos variantes del artículo 9 (véanse A/CN.9/WG.III/WP.61, párr. 23, y A/CN.9/WG.III/WP.70, párr. 6). Se indicó que esas dos variantes tenían por finalidad mejorar la claridad del texto propuesto sin alterar el contenido del proyecto de disposición, que se refería a exclusiones o inclusiones en el ámbito de aplicación del proyecto de convenio. Según la primera propuesta, se mantendría el contenido del texto formulado en términos algo distintos y, en la segunda, se simplificaría el párrafo b) diciendo que el proyecto de artículo 10 no sería aplicable "b) a los contratos de transporte por servicio no regular salvo que el contrato de transporte esté únicamente consignado en un título de transporte o en un documento electrónico de transporte que deje además constancia de la recepción de las mercancías".

130. Se explicó que el texto del proyecto de artículo 9, que figuraba en el párrafo 23 del documento A/CN.9/WG.III/WP.61, tenía por objeto simplificar la disposición subrayando la diferencia entre el transporte por servicios de línea y el transporte por líneas no regulares. En respuesta a una pregunta, se explicó también que el texto sugerido para el artículo 9 ya no se refería explícitamente al contrato de volumen, ya que quedaba incluido en el contrato de transporte gracias a un ligero retoque de la definición (véase A/CN.9/WG.III/WP.61, párr. 16) y porque su condición de contrato de volumen solo tenía interés respecto del régimen de la autonomía contractual, donde se le mencionaba expresamente, y no respecto del ámbito de aplicación del convenio. Al subsistir algunas dudas sobre la regulación de los contratos de volumen en la disposición sugerida en A/CN.9/WG.III/WP.61, se consideró que tal vez fuera necesario reexaminar la cuestión.

131. Se expresó agrado por la versión simplificada del artículo 9 en A/CN.9/WG.III/WP.70, que era preferida por algunas delegaciones. No obstante, se estimó que, al ser algo más detallada, la disposición propuesta en A/CN.9/WG.III/WP.61 se prestaba a una interpretación más exacta.

132. Se sugirieron algunos retoques formales para responder a las preocupaciones sobre el empleo comercial usual de ciertos términos, inclusive la posible aclaración de la regulación del transporte de mercancías a granel y en paquetes, dado que se estimó que en el futuro los tribunales se basarían más en los rasgos comerciales del ramo que en los títulos de transporte o las relaciones subyacentes entre las partes a la hora de determinar la aplicabilidad del convenio. Volvió a expresarse inquietud de que no se mencionaran explícitamente el contrato de flete y otros contratos similares. Se sugirieron por último ciertos retoques de forma para aclarar el sentido y la función de las reglas enunciadas en los incisos i) y ii) del apartado b) del párrafo 2.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 9

133. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió lo siguiente:

- sustituir el texto del artículo 9 que figura en el proyecto de convenio en A/CN.9/WG.III/WP.56 por el texto del artículo 9 propuesto en el párrafo 23 del documento A/CN.9/WG.III/WP.61.

Proyecto de artículo 10. Aplicación a ciertas partes en la operación

134. Se recordó que el artículo 10 del proyecto de convenio, presentado en A/CN.9/WG.III/WP.56, tenía por objeto proteger a ciertos terceros cuando un contrato, por ejemplo el fletamento de servicios no regulares, no entrara en el ámbito de aplicación del proyecto de convenio. Se recordó también que en el párrafo 36 de A/CN.9/WG.III/WP.61 figuraba un texto cuya finalidad era aclarar el artículo 10, y se retiró la propuesta de que el Grupo de Trabajo examinara el texto del párrafo 6 del documento A/CN.9/WG.III/WP.70.

135. Se expresó la inquietud de que el artículo 10, lejos de amparar a terceros, los englobaba en el ámbito de aplicación del proyecto de convenio, aumentando sus obligaciones y responsabilidades. Se agregó que, por ejemplo, el artículo 34, al que se remitía entre corchetes en el artículo 10, imponía determinadas obligaciones al cargador documentario. Se respondió que el proyecto de artículo 34 también daba al cargador documentario los derechos e inmunidades reconocidos al cargador en los capítulos 8 y 14. Se sugirió una enmienda que aclarara que se respetaría toda disposición que vinculaba a un tercero tenedor de un conocimiento de embarque a un acuerdo de arbitraje consignado en un fletamento.

Enfoque documentario y no documentario

136. Se indicó que cabía adoptar dos enfoques para determinar las partes a las que sería aplicable el proyecto de convenio a tenor de lo dispuesto en el artículo 10: una variante basada en la emisión de un título de transporte o de un documento electrónico de transporte y otra basada en los terceros enumerados en una lista del artículo 10 sin que hiciera falta emitir título de transporte o documento electrónico de transporte alguno. Se observó que si bien el texto de documento A/CN.9/WG.III/WP.56 había adoptado un enfoque documentario, el texto del

artículo 10 que se proponía en A/CN.9/WG.III/WP.61 seguía un criterio no documentario. Se explicó que la propuesta basada en el enfoque no documentario partía del entendimiento de que el Grupo de Trabajo se había pronunciado anteriormente en pro de que se adoptara un enfoque documentario, salvo que pudiera establecerse claramente la lista de terceros que se deseaba insertar en el proyecto de artículo 10.

137. Se sostuvo que la adopción de un criterio no documentario en el artículo 10 respondería mejor a las necesidades previsibles de la práctica comercial al suprimir toda dependencia de un título o documento electrónico y al adelantarse así a la evolución previsible del comercio electrónico. Se agregó que el interés del requisito documentario enunciado en el artículo 10 no parecía ser esencial para el régimen del convenio, habida cuenta de que el título o documento exigido podía ser no negociable. Sin embargo, se expresó cierta inquietud ante el hecho de que se abandonara el criterio documentario en el artículo 10 sin haber examinado detenidamente las posibles consecuencias de un cambio tan importante en el sistema actual.

Retención de la referencia a la persona descrita en el artículo 34

138. Se señaló que el artículo 10, propuesto en A/CN.9/WG.III/WP.61, hacía referencia al cargador documentario descrito en el artículo 34. Se expresó cierta preferencia por incluir a ese supuesto cargador en la lista de personas del proyecto de artículo 10, dado que pese a no ser parte en el contrato de transporte, esa persona asumiría ciertas obligaciones del cargador, por lo que debería gozar de la protección ofrecida por el artículo 10. En sentido contrario, se argumentó que el cargador documentario asumía, conforme al artículo 34, todas las obligaciones y responsabilidades del cargador, por lo que toda referencia explícita al cargador documentario en la lista del artículo 10 suscitaría dudas sobre si se habría de dar al cargador documentario un trato distinto del otorgable al cargador.

Variante A o variante B de los apartados a) y b) del proyecto de artículo 10

139. Se señaló asimismo que tanto en el apartado a) como en el b) del artículo 10 propuesto en A/CN.9/WG.III/WP.61 figuraban dos variantes entre corchetes: en la variante A de uno y otro apartado se hablaba de partes originarias en el contrato de transporte, mientras que en la variante B se hablaba del porteador y del cargador. Algunos estimaban preferible hacer referencia al “porteador” y al “cargador”, ya que esos términos estaban definidos en el proyecto de convenio, mientras que no ocurría así con el concepto de “partes originarias”. No obstante, se estimó que los términos “porteador” y “cargador” se prestarían también a dificultades de interpretación habida cuenta de la terminología utilizada en la práctica comercial, por ejemplo en una póliza de fletamento, donde dichas partes no serían ni el cargador ni el porteador sino una de las partes originarias en el contrato.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 10

140. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió lo siguiente:

- sustituir el texto del artículo 10 del proyecto de convenio en A/CN.9/WG.III/WP.56 por el texto del artículo 10 propuesto en el párrafo 36 del documento A/CN.9/WG.III/WP.61;
- dejar la cuestión de si debía o no mantenerse en el texto la frase "o la persona a la que se hace referencia en el artículo 34" para ser resuelta una vez que se hubiera examinado el artículo 34; y
- en los apartados a) y b) del artículo 10, mantener la referencia a las partes originarias en el contrato de transporte (variante A) y suprimir toda referencia al porteador y al cargador (variante B).

Proyecto de artículo 20. Responsabilidad de una parte ejecutante marítima

141. Se recordó que se había sugerido en A/CN.9/WG.III/WP.61 la inserción de un nuevo párrafo 5 en el artículo 20, que fue presentado en el párrafo 44 de dicho documento. Se indicó que la nueva regla sugerida tenía la finalidad de resolver ciertas dificultades en la interacción entre el artículo 8, relativo al ámbito de aplicación general del proyecto de convenio, y el artículo 20, referente a la responsabilidad de la parte ejecutante marítima. En particular, la nueva regla sugerida tenía por objeto evitar que se declarara aplicable el régimen del convenio a una parte ejecutante marítima que desempeñara la totalidad de su cometido en Estados no contratantes.

142. En respuesta a una pregunta se explicó que las palabras "reciba inicialmente" y "efectúe su entrega final", que figuran en dicho párrafo 5, estaban tomadas de la versión actual del proyecto de artículo 77 (véase A/CN.9/591, párr. 41), y que tenían por objeto dotar al texto de mayor claridad para evitar que se declarara aplicable el régimen del convenio a partes ejecutantes marítimas que transportaran las mercancías de un Estado no contratante a otro, pero efectuando un transbordo en un puesto del itinerario situado en un Estado contratante.

143. En respuesta a otra pregunta, se explicó además que en dicho párrafo 5 del artículo 20 se habla del "lugar" y no del "puerto" de recepción o de entrega de las mercancías, dado que hablar del "puerto", se presta a que se produzca una laguna en la aplicación del régimen del convenio durante el período en que las mercancías se encuentran bajo custodia de la parte ejecutante marítima, en todo supuesto en que dicha parte reciba o haga entrega de las mercancías en algún lugar situado en el interior del país que esté fuera de la zona portuaria.

144. Se sugirió que se examinara el proyecto de convenio para encontrar toda otra referencia a la parte ejecutante marítima, y con miras a determinar si dicho párrafo 5 debía únicamente excluir la aplicación del artículo 20, o si debía referirse a todo el proyecto de convenio.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el párrafo 5 del proyecto de artículo 20

145. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió:

- insertar en el proyecto de convenio el nuevo párrafo 5 del artículo 20, propuesto en el párrafo 44 de A/CN.9/WG.III/WP.61; y
- pedir a la Secretaría que estudie toda otra referencia a la parte ejecutante marítima que se haga en el proyecto de convenio, a fin de determinar si la exclusión de la aplicación efectuada en dicho párrafo debe quedar limitada al "presente artículo".

Proyecto de artículo 94 sobre la validez de determinadas estipulaciones contractuales

146. Se recordó al Grupo de Trabajo el contenido del artículo 94, que enunciaba el carácter imperativo del régimen del convenio respecto de las obligaciones y responsabilidades del porteador, conforme a lo dispuesto en su párrafo 1, y respecto de las obligaciones y responsabilidades del cargador, del consignador, del consignatario, de la parte controladora, del tenedor y del cargador documentario mencionado en el artículo 34, conforme a lo dispuesto en su párrafo 2.

Versión de A/CN.9/WG.III/WP.56 o de A/CN.9/WG.III/WP.61

147. El Grupo de Trabajo comenzó por examinar si prefería el texto del artículo 94 que figuraba en A/CN.9/WG.III/WP.56 o el que figuraba en A/CN.9/WG.III/WP.61. La opinión general fue que el contenido de ambas versiones tal vez fuera igual, pero el texto propuesto en el párrafo 46 de A/CN.9/WG.III/WP.61 era más claro y por consiguiente preferible.

Proyecto de artículo 94, párrafo 2

148. Se recordó al Grupo de Trabajo que el contenido del párrafo 2 del artículo 94, que figuraba entre corchetes en A/CN.9/WG.III/WP.56 y en A/CN.9/WG.III/WP.61, enunciaba el rango imperativo que cabría otorgar al régimen del convenio respecto de las obligaciones y responsabilidades del cargador, del consignador, del consignatario, de la parte controladora, del tenedor o del cargador documentario mencionado en el párrafo 34. En el Grupo de Trabajo se suscitaron las cuestiones de si debía o no retenerse todo el texto del párrafo 2 del proyecto de artículo 94, y en caso afirmativo, si debían suprimirse o no las palabras "[o aumenta]" en los apartados a) y b) de dicho párrafo.

149. Se sugirió suprimir en su totalidad el párrafo 2 del artículo 94, ya que se estimó que, en el marco del derecho mercantil, las únicas reglas imperativas necesarias eran las destinadas a amparar a ciertas partes, que adolecían de una posición negociadora que se estimaba débil, y se expresó la opinión de que las partes citadas en el párrafo 2 no necesitaban esa protección. Se dieron otras razones para suprimir el párrafo 2, como la de que esa necesidad de amparo del cargador y de otras partes en la operación de transporte debía ser evaluada artículo por artículo, y no mediante una disposición general como la del párrafo 2. Se expresó por ello cierto apoyo a favor de que se suprimiera el párrafo 2 del proyecto de artículo 94 en su totalidad.

150. Se expresó también la opinión contraria de que debía retenerse el párrafo 2 fuera de los corchetes actuales, ya que, según se sugirió, esa disposición constituía un contrapeso adecuado para equilibrar la disposición similar del párrafo 1 del mismo artículo respecto de las obligaciones y responsabilidades del porteador. Se sugirió además que no solo los cargadores y porteadores merecían el amparo del régimen del convenio, sino también los consignatarios, y que éstos debían poder confiar en que se les aplicaran las mismas normas que amparaban a los cargadores y porteadores en el proyecto de convenio, sin tener que temer algún desvío al respecto. Se expresó también el parecer de que mantener ciertas disposiciones imperativas en el proyecto de convenio obraría en aras de la fluidez y seguridad del transporte de mercancías en general.

151. Con respecto a las palabras "[o aumenta]" que aparecían en los apartados a) y b) del párrafo 2 del artículo 94, se expresó la opinión de que debían suprimirse, al menos en el caso del apartado b), ya que no era posible aumentar el nivel actualmente ilimitado de la responsabilidad del cargador en el proyecto de convenio. Sin embargo, se expresó también la opinión contraria, al afirmarse que debían mantenerse esas palabras en el texto fuera de sus corchetes actuales, a fin de amparar a los cargadores, que ya estaban expuestos a una responsabilidad por culpa ilimitada, del riesgo de ser sometidos por vía contractual a una responsabilidad objetiva ilimitada, al ser posible privarles por dicha vía de un régimen de la responsabilidad del cargador que, conforme al convenio, estaría basado en la culpa. Hubo cierto apoyo a favor de cada uno de esos dos pareceres.

152. Se sugirió suspender el examen del párrafo 2 hasta que el Grupo de Trabajo hubiera examinado, más adelante en el período de sesiones, el proyecto de capítulo 8 sobre las obligaciones del cargador. Aunque se expresó cierta cautela en el sentido de que ello no resolvería todas las cuestiones pendientes con respecto al párrafo 2 del artículo 94, dado que su régimen no se aplicaba únicamente a los cargadores, se pensó que, no obstante, examinar el proyecto de capítulo 8 sería de ayuda al respecto.

Conclusiones del Grupo de Trabajo con respecto al proyecto de artículo 94

153. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió que:

- se mantuviera el párrafo 1 del artículo 94 del proyecto de convenio tal como figuraba en el párrafo 46 de A/CN.9/WG.III/WP.61; y
- se mantuviera de momento el párrafo 2 tal como figuraba en el párrafo 46 de A/CN.9/WG.III/WP.61, a fin de reanudar su examen después de que el Grupo de Trabajo examinara el proyecto de capítulo 8 sobre las obligaciones del cargador.

Proyecto de artículo 95. Régimen especial de los contratos de volumen

154. Se recordó al Grupo de Trabajo que, durante el 16º período de sesiones, se había pedido al Comité Marítimo Internacional que preparase una nota explicativa sobre la regulación de los contratos de volumen en el proyecto de convenio, para hacer comprender mejor sus repercusiones jurídicas y prácticas (véase A/CN.9/591, párrs. 221 y 244), y que esa nota se había preparado en respuesta a dicha solicitud (A/CN.9/WG.III/WP.66). Se recordó también al Grupo de Trabajo la labor anterior realizada durante el 15º período de sesiones (véase A/CN.9/576, párrs. 52 a 104)

en orden a la preparación de disposiciones sobre los contratos de volumen, lo que se había traducido en la fórmula conciliatoria, cuidadosamente negociada que se presenta en A/CN.9/WG.III/WP.56. Por último, se señaló también que se presentó al examen del Grupo de Trabajo un texto ligeramente revisado del régimen de los contratos de volumen en A/CN.9/WG.III/WP.61 (véase el párr. 49), pero que ese texto solo tenía por objeto, salvo que se indicara otra cosa, mejorar su formulación (véase A/CN.9/WG.III/WP.61, párrs. 49 a 61).

Proyecto de artículo 95, párrafo 1

155. Pese al consenso alcanzado en el Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones, sobre la autonomía de las partes en los contratos de volumen, se reiteraron ciertas inquietudes acerca del eventual abuso de los contratos de volumen para apartarse del régimen del convenio, particularmente en casos en los que se utilizaran esos contratos para intercambios comerciales importantes. Se expresó el temor de que podría parecer inconsecuente otorgar una autonomía contractual tan amplia para estipular al margen de un convenio imperativo, y se estimó preferible hacer una lista de disposiciones que pudieran ser objeto de estipulación en contrario. Desde la perspectiva contraria, se dijo que la combinación de los párrafos 1 y 5 de este artículo y de la definición de contrato de volumen del artículo 1 respondía ya a las inquietudes expresadas acerca del amparo debido a toda parte contratante. Se expresó también la inquietud de que, pese a la conveniencia de cierta autonomía contractual y que no hubiera nada que objetar al contrato de volumen, como tal, cabía que el apartado b) del párrafo 1 no amparara lo debido a las partes en esos contratos.

156. En general, el Grupo de Trabajo apoyó con firmeza tanto el régimen global de los contratos de volumen en el proyecto de convenio como el nuevo párrafo 1 en el párrafo 49 de A/CN.9/WG.III/WP.61. Se expresó la opinión de que el marco jurídico del contrato de volumen conciliaba adecuadamente la flexibilidad comercial necesaria para estipular excepciones al régimen del convenio en determinados supuestos con la protección debida a las partes contratantes.

Conclusiones del Grupo de Trabajo con respecto al párrafo 1 del proyecto de artículo 95

157. A raíz de sus deliberaciones, el Grupo de Trabajo decidió que:

- el nuevo párrafo 1 del artículo 95, propuesto en el párrafo 49 de A/CN.9/WG.III/WP.61, era en general aceptable en términos tanto del enfoque adoptado como de la reformulación de su texto.

Proyecto de artículo 95, párrafo 4 - Disposiciones que no admiten estipulación en contrario

158. El Grupo de Trabajo pasó a examinar la cuestión de si era o no conveniente que el régimen de los contratos de volumen del proyecto de convenio enuncie una lista de disposiciones absolutamente imperativas que no admitan estipulación en contrario de las partes en dicho contrato, como la lista del párrafo 4 del artículo 95 propuesto en el párrafo 49 de A/CN.9/WG.III/WP.61.

159. Se expresó alguna preocupación con respecto a la inclusión de una disposición de esa índole en el proyecto de convenio, ya que se estimó que cabría utilizarla ulteriormente para volver a introducir en el proyecto de convenio el concepto de las obligaciones primordiales o irrenunciables, que se había eliminado cuidadosamente del texto actual. Se estimó que la doctrina jurídica de las obligaciones primordiales sería utilizable en algunos países para dar de lado al régimen del futuro convenio sobre la distribución de la responsabilidad en supuestos en los que haya múltiples causas de la pérdida o del daño, y que ese resultado sería sumamente insatisfactorio. Se expresó, además, la opinión de que una lista como la del nuevo párrafo 4 del artículo 95 tendría escasos efectos prácticos con independencia de si se incluye o no, ya que se pensó que dicha lista tendría que incluir disposiciones manifiestamente imperativas y que, por tanto, no fueran susceptibles de estipulación en contrario alguna. Desde otra perspectiva, se dijo que las partes en un contrato de volumen debían gozar de plena autonomía contractual de forma que la única obligación que no admitiera estipulación en contrario fuera la responsabilidad por una conducta dolosa o temeraria.

160. Sin embargo, se apoyó firmemente la inclusión de una regla con una lista de todas las disposiciones imperativas que, a tenor del régimen especial del contrato de volumen enunciado en el convenio, no admitan estipulación en contrario alguna. Se expresó la opinión de que, aunque existiera el riesgo de resucitar la doctrina de las obligaciones primordiales previamente eliminada del convenio, sería más arriesgado aún dejar la lista de las disposiciones absolutamente imperativas al arbitrio de la interpretación judicial eventual del régimen del convenio. Además, se estimó que la inserción de una lista como la del párrafo 4 del artículo 95 era una parte importante de la fórmula conciliatoria buscada para amparar debidamente a las partes contratantes en el marco de un contrato de volumen.

Lista de disposiciones del párrafo 4 del proyecto de artículo 95

161. El Grupo de Trabajo examinó también las disposiciones que debían incluirse en la lista enunciada en el párrafo 4 del artículo 95. Algunos opinaron que únicamente las disposiciones con algún interés de orden público digno de amparo debían mantenerse en la lista del proyecto de párrafo 4 del artículo 95, como, por ejemplo, la obligación de navegabilidad del artículo 16 y la disposición sobre mercancías peligrosas del artículo 33. Se expresaron dudas sobre si la obligación del artículo 30 del cargador de facilitar información e instrucciones debía figurar en la lista del párrafo 4. Se expresó también el temor de que no se hubiera formulado con la claridad debida el texto por el que se incluía al artículo 66 en dicha lista. Aunque se estimó que las partes no deberían poder exonerarse de su responsabilidad por todo acto doloso, dicha interdicción no estaba claramente formulada en el texto del párrafo 4, por lo que tal vez fuera preciso reformularlo. Se sugirió ampliar la lista de disposiciones del párrafo 4 del artículo 95, incluyendo tal vez los artículos 11, 13 y 17, y el párrafo 1 del artículo 14. Por último, prevaleció el parecer de que se mantuvieran sin corchetes todos los artículos actualmente citados en el párrafo 4 del artículo 95, propuesto en A/CN.9/WG.III/WP.61.

Conclusiones del Grupo de Trabajo con respecto al párrafo 4 del proyecto de artículo 95

162. A raíz de sus deliberaciones, el Grupo de Trabajo decidió que:

- se mantuviera en el proyecto de convenio el texto del párrafo 4 del artículo 95 propuesto en el párrafo 49 de A/CN.9/WG.III/WP.61;
- se mantuvieran sin los corchetes actuales, en el texto del párrafo 4, todos los artículos que en él se citaban entre corchetes o sin ellos; y
- se mantuviera y aclarase debidamente la mención actual del artículo 66.

Proyecto de artículo 95, apartado b) del párrafo 5

163. El Grupo de Trabajo examinó el texto reformulado del apartado b) del párrafo 5 del artículo 95, concerniente a las condiciones que han de cumplirse para que quepa considerar que un tercero ha consentido en quedar obligado por las cláusulas de un contrato de volumen, conforme figura en el párrafo 49 de A/CN.9/WG.III/WP.61. Se explicó que la primera oración de dicho apartado b) enunciaba el principio de que ningún tercero quedaría obligado, a tenor del régimen del convenio, por cláusula alguna a la que no haya dado su consentimiento expreso. Se explicó también que la segunda oración de ese mismo apartado b) regulaba la constancia que se había de dejar del consentimiento dado por dicho tercero, evitándose, en particular, que la mera aceptación de un documento en el que se enunciaran las condiciones generales de un contrato pudiera ser interpretada como una acto de aceptación de una cláusula de un contrato de volumen por la que se estipulara alguna excepción al régimen general del convenio.

164. Si bien se sugirió que cabría suprimir la segunda oración del apartado b) del párrafo 5, por estimarse que era innecesaria a la luz de lo ya dispuesto en la primera oración, se habló firmemente en favor de que se retuviera dicha oración que constituía una salvaguardia importante de los intereses de todo tercero, al definirse en ella las condiciones mínimas que habían de cumplirse para que se tuviera por dado el consentimiento de un tercero a quedar obligado por alguna de dichas cláusulas.

165. Respondiendo a una pregunta se señaló que todo tercero que no diera su consentimiento explícito para quedar obligado por una cláusula del contrato de volumen, a tenor de lo previsto en el artículo 95, seguiría estando amparado por el régimen general del convenio, por lo que no quedaría obligado por cláusula alguna del contrato de volumen en la que se estipulara una excepción a dicho régimen. Se indicó además, a título de ejemplo, que en un supuesto de un contrato de volumen que limitara la responsabilidad del porteador por debajo del mínimo fijado en el futuro convenio, todo tercero, que no hubiera dado su consentimiento explícito a dicha cláusula no estaría en modo alguno obligado a respetar el límite inferior pactado en el contrato y podría reclamar por concepto de pérdida el importe total de su pérdida hasta el límite fijado en el proyecto de convenio. Se sugirió, no obstante, que se enunciara claramente en el texto de este artículo cuál sería la consecuencia de que un tercero no hubiera dado su consentimiento explícito a una de dichas cláusulas consignadas en un contrato de volumen.

166. Se expresó inquietud de que la segunda oración del apartado b) del párrafo 5, concerniente a los requisitos que habrán de cumplirse para que un tercero quede obligado por ciertas cláusulas de un contrato de volumen, suscitara dificultades de interpretación. Se sugirió que el texto de esta disposición enunciara con mayor claridad los dos requisitos exigibles, es decir, el de que toda parte contractual originaria había de informar explícitamente de la excepción estipulada a todo tercero eventualmente afectado y que este requisito no se daría por cumplido por el mero hecho de que la excepción estipulada figurara en una lista pública de precios o de servicios del porteador, o estuviera consignada en un título de transporte o en un documento electrónico de transporte.

167. Se sugirió además que la regla del apartado b) no debería permitir que una parte que ocasione que un tercero no diera su consentimiento expreso, por ejemplo, al no haberle informado al tercero de las excepciones que se hubieran estipulado al régimen del convenio, se aprovechara de esa ignorancia del tercero acerca de lo estipulado en el contrato para invocar en su propio provecho alguna disposición del convenio frente a la que se hubiera estipulado en dicho contrato alguna excepción. Se explicó además, a título de ejemplo, que en el supuesto de que las partes en un contrato de volumen hubieran estipulado un límite de la responsabilidad por las mercancías superior al fijado en el convenio, todo porteador que no hubiera informado a un tercero de la excepción estipulada, debería verse privado de todo derecho a invocar el límite inferior fijado por el convenio y debería estar obligado a respetar la excepción estipulada a dicho límite en el contrato, pese a que el tercero no hubiera dado su consentimiento explícito a dicha excepción.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el apartado b) del párrafo 5 del proyecto de artículo 95

168. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió que:

- cabía aceptar el principio inspirador de la regla del apartado b), conforme figuraba en el párrafo 49 de A/CN.9/WG.III/WP.61; pero que
- la Secretaría debería preparar un nuevo texto de dicho apartado a la luz de los pareceres expresados en los párrafos anteriores.

Proyecto de artículo 95, apartado c) del párrafo 5

169. El Grupo de Trabajo pasó a considerar la idoneidad del texto del apartado c) del párrafo 5, conforme figuraba en el párrafo 49 de A/CN.9/WG.III/WP.61, que imponía la carga de la prueba de la validez de toda cláusula por la que se estipulara una excepción al régimen del convenio sobre la parte que invocara la excepción estipulada en el contrato de volumen. Se explicó que se había ampliado el alcance del proyecto de disposición respecto del texto previamente enunciado al respecto en la última oración del apartado b) del párrafo 6 del artículo 95 de A/CN.9/WG.III/WP.56, con miras a hacer recaer la carga de la prueba sobre toda parte que tratara de beneficiarse de la excepción estipulada. Se expresó apoyo a favor del nuevo texto del apartado c) del párrafo 5, conforme figura en el párrafo 49 de A/CN.9/WG.III/WP.61.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el apartado c) del párrafo 5 del proyecto de artículo 95

170. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió:

- aceptar el texto del apartado c) del párrafo 5 del artículo 95, conforme figura en el párrafo 49 de A/CN.9/WG.III/WP.61.

Proyecto de artículo 96. Régimen especial aplicable a los animales vivos y a ciertas otras mercancías

171. Se sugirió suprimir el artículo 96 dado que el comercio de animales vivos era un comercio especializado tradicionalmente excluido del régimen de las Reglas de La Haya y de La Haya-Visby. Se respondió que el Grupo de Trabajo había ya decidido retener este proyecto de disposición (véase A/CN.9/572, párr. 109), pero se sugirió que cabría efectuar algunos retoques de forma a la luz de las sugerencias enunciadas en los párrafos 63 a 67 de A/CN.9/WG.III/WP.61.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 96

172. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió que:

- el contenido del artículo 96 propuesto en el párrafo 62 de A/CN.9/WG.III/WP.61, era aceptable, a reserva de todo retoque formal que se estime oportuno.

Obligaciones del cargador - capítulo 8

173. Se recordó al Grupo de Trabajo que había examinado hace poco, en sus períodos de sesiones 13º y 16º, el capítulo referente a las obligaciones del cargador (véase A/CN.9/552, párrs. 118 a 161, y A/CN.9/591, párrs. 104 a 187). Se le recordó también que se habían presentado ciertas propuestas sobre las obligaciones del cargador para ser examinadas en su reunión actual (A/CN.9/WG.III/WP.67 y A/CN.9/WG.III/WP.69).

174. El Grupo de Trabajo aceptó la sugerencia de que examinara las obligaciones del cargador sobre la base de los textos revisados propuestos en esos dos documentos y a la luz de las siguientes cuestiones aún pendientes, de particular importancia:

a) Si debía o no modificarse el artículo 29 sobre la obligación del porteador de facilitar información e instrucciones al cargador para convertirla en un derecho del cargador a solicitar y obtener información razonable o si debía convertirse dicha regla en una norma general de cooperación mutua entre el cargador y el porteador, y decidir, según lo que se hiciera, si debía o no mantenerse el artículo 18;

b) Si debía hacerse extensiva la regla del artículo 29 al artículo 30 y tal vez al artículo 33;

c) Determinar la formulación adecuada del deber enunciado en el apartado b) del artículo 30 sobre la observancia por el cargador de las normas legales y reglamentarias y demás requisitos de las autoridades;

d) Dar una solución adecuada al problema de los daños indirectos a raíz de una demora del cargador o del porteador; y

e) Resolver toda otra cuestión relativa a las obligaciones del cargador que sea de interés para el Grupo de Trabajo.

Proyecto de artículo 29. Obligación del porteador de facilitar información e instrucciones

175. Se indicó al Grupo de Trabajo que se habían sometido a su examen tres variantes del artículo 29, que figuraban en el párrafo 14 del documento A/CN.9/WG.III/WP.67 (variantes A, B y C), así como una variante adicional del artículo, propuesta en el párrafo 3 de A/CN.9/WG.III/WP.69, que era idéntica a la variante C, salvo en su título y en la utilización en la versión inglesa de la palabra "carga", en vez de "mercancías".

Variantes A, B o C del proyecto de artículo 29

176. Se expresó la opinión de que la variante A no parecía diferir en cuanto al fondo de la variante B, pero el Grupo de Trabajo prestó muy escasa atención a la variante A, cuyo texto está calcado del presentado en A/CN.9/WG.III/WP.56.

177. Cierto número de delegaciones prefirieron el texto de la variante B por diversas razones. Pese a estar formulada como un derecho del cargador, se dijo que la variante B reflejaba bien la idea propugnada por el Grupo de Trabajo en su anterior período de sesiones (véase A/CN.9/591, párrs. 121 a 127) de que este artículo debería centrarse en la cooperación mutua entre el cargador y el porteador en orden al suministro de información y al servicio del éxito de la ejecución del contrato de transporte. Se opinó que esto era particularmente evidente, habida cuenta de la remisión que se hacía en el artículo 29 a los artículos 28 y 30, que enunciaban las principales obligaciones del cargador, indicándose así que el porteador debería prestar toda asistencia requerida por el cargador para el cumplimiento de esas obligaciones. Se sugirió que, en la variante B, después de la palabra "información", se agregaran las palabras "de la que tenga conocimiento el porteador y que le sea pedida por el cargador". Algunas delegaciones apoyaron la idea de limitar algo, en la variante B, el alcance del requisito de que el porteador facilite toda información necesaria, pero se estimó que con la inserción del texto sugerido le resultaría fácil al porteador eludir su deber de ayudar al cargador, facilitándole la información necesaria.

178. También obtuvo apoyo la variante C del artículo 29. Se estimó que esa variante era una disposición de alcance más general que reflejaba mejor la opinión propugnada por el Grupo de Trabajo en su último período de sesiones, conforme se indicó más arriba. Se expresaron algunas reservas acerca del deber de obrar de "buena fe", evocado en la variante C, que, si bien era común en algunos ordenamientos jurídicos, en otros podría considerarse como una mera exhortación.

179. Sin embargo, también se expresó el parecer de que las variantes B y C no diferían en cuanto al contenido, y algunas delegaciones sostuvieron que era difícil decidirse por una o por otra. En general se convino en que la variante C tenía un alcance más amplio y general que la variante B, pero se objetó que la variante C al enunciar una responsabilidad tan general y básica, no precisaba derecho u obligación alguna. Se estimó que la variante B cumplía mejor esa función y que

representaba una postura intermedia entre la definición de obligaciones firmes y la imposición de un deber general a ambas partes de cooperar entre sí. Además, algunos observaron que si el Grupo de Trabajo no aceptaba que se impusiera algún límite a la información que el porteador habría de facilitar conforme a la variante B, o si se suprimía la remisión al artículo 30 en la variante B (véanse párrs. 182 a 184 y 186 *infra*), la variante C sería el texto preferible para el artículo 29.

180. Se sugirió que, dada la importancia que tenía el deber mutuo del cargador y del porteador de cooperar en el suministro de información para la ejecución del contrato de transporte, tal vez fuera mejor dar mayor relieve a ese deber en el proyecto de capítulo. Se estimó que tal vez sería posible lograr ese fin incorporando el contenido del artículo 29 al párrafo 1 del artículo 28. Se formuló otra sugerencia de redacción para que se ampliara el alcance de la referencia actual en la variante C a "información e instrucciones necesarias para la manipulación y el transporte seguros de las mercancías", que podría entenderse restrictivamente como referida únicamente a los apartados a) y b) del artículo 30 (véanse párrs. 183 y 184 *infra*).

181. Se expresó otra opinión en el sentido de que el artículo 31 enunciaba el fundamento de la responsabilidad del cargador y puesto que esa disposición aplicaba la norma de la responsabilidad por culpa al cargador respecto de todo incumplimiento de sus obligaciones a tenor de los artículos 28 y 30, no hacía falta la regla del artículo 29, por lo que debería suprimirse. Si bien la sugerencia de suprimir totalmente el artículo 29 no obtuvo apoyo, se respaldó ampliamente la opinión de que el examen por el Grupo de Trabajo de los artículos 29 y 30 dependía del artículo 31, donde efectivamente se enunciaba la norma de la responsabilidad por culpa respecto de las obligaciones del cargador. Además, se observó que el apartado h) del párrafo 3 del artículo 17 era pertinente para el debate, dado que exoneraba al porteador total o parcialmente de su responsabilidad si podía demostrar que la pérdida de las mercancías o los daños sufridos por ellas se debían a actos u omisiones del cargador.

Remisión en el proyecto de artículo 29 al proyecto de artículo 30

182. Se propuso ampliar el alcance del artículo 29 mediante una remisión al artículo 30, y, posiblemente, al párrafo 2 del artículo 33. Se expresó el parecer de que tal vez resultara difícil restringir el alcance actual del artículo 30 mediante una redacción más precisa, pero que supeditar su régimen al deber de asistencia recíproca del artículo 29 sería una técnica apropiada para restringir la amplitud de las obligaciones del cargador con arreglo al artículo 30.

183. Se expresaron ciertas reservas sobre si sería apropiado hacer remisión en el artículo 29 al artículo 30. Se expresó el parecer de que hacer remisión en dicho artículo al artículo 28 resultaría oportuno, dado que la finalidad del artículo 29 era obligar al porteador, a facilitar al cargador toda información que le fuera necesaria para cumplir con su obligación de preparar debidamente las mercancías para su transporte. Se estimó en cambio que las obligaciones del cargador enunciadas en el artículo 30 se referían a información que en gran parte, cuando no exclusivamente, obraba en poder del cargador y, por ello, el porteador no podría prestar asistencia en la obtención de esa información. En particular, se señaló que los apartados a) y c) del artículo 30 se referían a la información requerida para la manipulación de las

mercancías concerniente a sus características y se opinó que el porteador poca ayuda podría prestar a ese respecto. Esta opinión recibió cierto apoyo.

184. Sin embargo, se expresaron ciertas reservas sobre algunos apartados del artículo 30. Si hubo cierto apoyo por hacer remisión en el artículo 29 al apartado a) del artículo 30, hubo mayor apoyo por limitar dicha remisión a su apartado b). Se estimó que la referencia en el apartado b) al "transporte previsto" requería claramente que el porteador facilitara cierta información a dicho respecto al cargador a fin de que éste pudiera cumplir las obligaciones que le imponía ese apartado. Se expresó el temor de que hacer remisión en el artículo 29 al apartado b) del artículo 30 reglamentara en exceso la obligación impuesta en el apartado b), de tal modo que podría llegarse a una situación de intercambio indefinido de reproches entre el cargador y el porteador por no facilitar información. Se señaló que este riesgo, en particular, mostraba que la versión más general del artículo 29, propuesta en su variante C (véanse párrs. 179 y 180 *supra*), era preferible a la variante B, ya que evitaría que debido a un exceso de detalle surgieran tales dificultades.

Mantenimiento del proyecto de artículo 18

185. Se opinó que, en cierta medida, la elección que había de hacer el Grupo de Trabajo entre las variantes A, B o C del artículo 29 dependía de su decisión de mantener o no en el texto del proyecto de convenio al artículo 18. No obstante, se recordó que el Grupo de Trabajo, en su anterior período de sesiones, había decidido suprimir el artículo 18, dejando dicha decisión pendiente de que algunas delegaciones recibieran instrucciones (véase A/CN.9/591, párrs. 184 a 187). Pese a que se sugirió que si el Grupo de Trabajo decidía retener la disposición general de la variante C del proyecto de artículo 29, tal vez deseara mantener la formulación más precisa de la responsabilidad del porteador por incumplimiento de su obligación de facilitar información e instrucciones, enunciada en el artículo 18, el Grupo de Trabajo decidió eliminar dicho artículo 18 del proyecto de convenio.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre los proyectos de artículo 29 y 18

186. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió lo siguiente:

- pedir a la Secretaría que revisara el texto del artículo 29 basándose en el enfoque adoptado en la variante C propuesta en el párrafo 14 de A/CN.9/WG.III/WP.67 y retocando ligeramente su texto para reflejar las observaciones reseñadas más arriba; y
- suprimir el artículo 18 del proyecto de convenio.

Proyecto de artículo 30. Obligación del cargador de facilitar información, instrucciones y documentos

187. Se recordó al Grupo de Trabajo que se le habían presentado tres variantes para el apartado b) del artículo 30: las variantes A y B propuestas en el párrafo 20 de A/CN.9/WG.III/WP.67, y la versión propuesta en el párrafo 6 de A/CN.9/WG.III/WP.69. Se explicó que la variante A correspondía al texto del apartado b) que figuraba en A/CN.9/WG.III/WP.56, y que el texto propuesto en el párrafo 6 de A/CN.9/WG.III/WP.69 difería ligeramente del de la variante B, tanto en la parte introductoria del artículo como en el texto del apartado b) propiamente dicho.

Encabezamiento del proyecto de artículo 30

188. Se explicó que en el texto de la parte introductoria del artículo 30, propuesto en el párrafo 6 de A/CN.9/WG.III/WP.69, se habían incluido, después de la palabra "documentos" las palabras "relacionados con las mercancías". Se apoyó en general la inserción de esas palabras en la parte introductoria del artículo 30, ya que precisaban mejor el alcance y el sentido de las obligaciones en él enunciadas.

Texto del apartado b) del proyecto de artículo 30

189. Se expresó cierta preferencia por la variante A del apartado b), porque adoptaba un enfoque sencillo para una disposición que según se opinó podía volverse muy compleja si se entraba excesivamente en detalles. No obstante, se formularon reservas sobre la variante A por considerarla demasiado genérica e imprecisa, y se argumentó que deberían darse más detalles para circunscribir mejor las obligaciones de información del cargador.

190. Se explicó que si bien una responsabilidad en función de la culpa eventual del cargador, tal como se enunciaba en el artículo 31, contribuiría a restringir el alcance de las obligaciones impuestas al cargador en el artículo 30, se estimó que debería precisarse más el texto de su apartado b). Se explicó que el texto de ese apartado, propuesto en el párrafo 6 de A/CN.9/WG.III/WP.69, tenía la finalidad de aclarar que la información recabada del cargador en cumplimiento de alguna norma legal o de algún reglamento de la autoridad competente podría ser exigida por dos vías distintas: o que la ley aplicable exija del cargador que facilite la información que pueda ser necesaria o que sea el porteador el que haya de dar aviso oportuno al cargador de la información que necesitará. Además, se estimó que el cargador no tendría la obligación de proporcionar la información si esta ya fuera razonablemente accesible al porteador.

191. Pese al apoyo general prestado a la variante más precisa del apartado b) del artículo 30, propuesta en el párrafo 6 de A/CN.9/WG.III/WP.69, hubo algunas objeciones en cuanto a su estructura. Se observó que si la remisión a la "ley aplicable", en su inciso i), tenía por objeto remitir a reglas imperativas de derecho público, no procedía enumerar dicho supuesto como fuente alternativa (respecto de la del inciso ii)) de la obligación del cargador, dado que toda regla de derecho público sería aplicable, sin necesidad de que se mencionaran en el proyecto de convenio. Además, se preguntó cuáles eran los tipos de situaciones previstos en el inciso i). Se respondió aclarando que con dicha regla se pretendía responder, por ejemplo, a ciertos requisitos de seguridad como la obligación del porteador de presentar el manifiesto, con datos que habría de obtener del cargador, a las autoridades aduaneras de determinado país 24 horas antes de cargar el buque con mercancías destinadas a ese país.

192. Se hicieron también diversas observaciones al texto del apartado b) del artículo 30 propuesto en el párrafo 6 de A/CN.9/WG.III/WP.69. Se objetó que la expresión "autoridades gubernamentales" era imprecisa y que sería más apropiado emplear expresiones como "autoridades locales", "autoridades públicas" o simplemente "autoridades". Además, se formularon reservas sobre la especificación de "reglas y reglamentaciones", y se consideró que tal vez ese texto tendría que volverse a examinar. Además, se expresaron también reservas sobre la utilización de la

expresión "ley aplicable", que podría referirse tanto a la norma legal aplicable al contrato de transporte como a toda norma de derecho público aplicable al transporte, y se sugirió dar una mayor claridad al texto, tal vez eliminando por completo las palabras mencionadas. Se cuestionó, asimismo, que se empleara la fórmula "en virtud de la ley aplicable el cargador esté obligado", pues era improbable que una norma legal especificara quién habría de informar a quién en dicho caso. Por otra parte, se sugirió que se sustituyeran las palabras "ponga oportunamente en conocimiento de" por las palabras "notifique oportunamente a", y que se hiciera referencia al "viaje previsto", en consonancia con el texto de la variante A.

193. Además, a raíz de las deliberaciones reseñadas del Grupo de Trabajo, varias delegaciones reiteraron la importancia de que se mantuviera un régimen de la responsabilidad basado en la culpa para el cargador conforme al artículo 31.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el apartado b) del proyecto de artículo 30

194. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que:

- el nuevo texto del apartado b) se basara en el texto propuesto en el párrafo 6 de A/CN.9/WG.III/WP.69; y
- se pidiera a la Secretaría que introdujera en el texto toda modificación que procediera a la luz de las reservas y objeciones reseñadas más arriba.

Proyecto de artículo 33. Reglas especiales aplicables a las mercancías peligrosas

Necesidad de adoptar una obligación similar a la del proyecto de artículo 29

195. Se recordó al Grupo de Trabajo que durante su 16º período de sesiones se había expresado el temor de que el párrafo 2 del artículo 33, que imponía la obligación al cargador de marcar o etiquetar las mercancías peligrosas de acuerdo con las reglas locales aplicables en cada etapa del itinerario previsto, impusiera una carga excesiva al cargador si desconocía dicho itinerario (véase A/CN.9/591, párr. 163). En aquella ocasión se indicó que tal vez fuera aconsejable exigir al porteador que proporcionara la información necesaria al cargador a fin de que éste pudiera cumplir las obligaciones que le imponía el artículo 33. Se propuso insertar el texto del nuevo párrafo 4 del artículo 33, propuesto en el párrafo 31 de A/CN.9/WG.III/WP.67, a fin de paliar esas reservas.

196. Habida cuenta de la decisión que había adoptado el Grupo de Trabajo de revisar el texto de la variante C del artículo 29, basado en una obligación general de cooperación mutua entre el cargador y el porteador (véase párr. 14 de A/CN.9/WG.III/WP.67), se dijo que el texto del párrafo 4 del artículo 33, que tenía por finalidad reflejar las obligaciones más precisas de la variante B del artículo 29, no resultaría apropiado. En el Grupo de Trabajo prevaleció el parecer de que, de redactarse debidamente el texto de la variante C del artículo 29 haría innecesaria la inserción del párrafo 4 en el artículo 33.

197. No obstante, se formularon reservas motivadas por el hecho de que, como el inciso ii) del apartado b) del artículo 30, relativo a la obligación del porteador de dar a conocer oportunamente al cargador la información que necesitara (véase párr. 6 de A/CN.9/WG.III/WP.69) aún se consideraba necesario a pesar de la adopción de una disposición del tenor de la variante C del artículo 29, se estimó que tal vez resultara también necesario aclarar la obligación enunciada en el artículo 33. Se sugirió,

por ello, insertar entre corchetes en el artículo 33 el nuevo párrafo 4 con miras a que el Grupo de Trabajo lo examinara ulteriormente, o bien que se incorporara al párrafo apropiado del artículo 33 una regla como la del apartado b) del artículo 30 que limitaba la obligación del cargador. Se respondió a esas objeciones que dado que el texto del apartado b) del artículo 30 entrañaba una obligación mucho más amplia que la del artículo 33, lo más indicado sería definirla con más precisión, en vez de invocar simplemente la obligación general de cooperación mutua enunciada en la variante C del artículo 29.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el párrafo 4 del proyecto de artículo 33

198. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que:

- el párrafo 4 del artículo 33 sería innecesario y suprimible, siempre y cuando la versión revisada del artículo 29, basado en el enfoque adoptado en la variante C (del párr. 14 de A/CN.9/WG.III/WP.67), bastara para responder a las inquietudes expresadas acerca del intercambio de información necesaria para que el cargador pueda cumplir las obligaciones que le impone el artículo 33.

Proyecto de artículo 31. Fundamento de la responsabilidad del cargador: Demora

199. Se recordó al Grupo de Trabajo que la última vez que había examinado el tema de la responsabilidad del cargador por demora fue en su 16º período de sesiones (véase A/CN.9/591, párrs. 133 y 143 a 147) y que a este respecto se habían presentado propuestas escritas al Grupo de Trabajo para que las examinara (véase A/CN.9/WG.III/WP.67, párr. 22, y A/CN.9/WG.III/WP.69, párrs. 8 a 14). Se indicó que la demora constituía una importante cuestión en el capítulo de las obligaciones del cargador, que seguía estando pendiente pues daba lugar a complejos problemas.

200. Se apoyó la propuesta de mantener las disposiciones del proyecto de convenio referentes a la responsabilidad del porteador y del cargador por demora. Se señaló que esas disposiciones, que no existían en instrumentos anteriores, como las Reglas de La Haya, constituirían una importante contribución a la modernización del derecho del transporte. Se recordó asimismo que la puntualidad constituía un factor de gran importancia en el transporte por servicios de línea así como en la logística moderna del mundo comercial. Se señaló asimismo que debería ampararse también de toda pérdida, que fuera imputable al cargador o al porteador, a otras personas interesadas en la operación del transporte, y en particular al consignatario. Se indicó que el Grupo de Trabajo ya había concluido, en su 13º período de sesiones, su examen de la responsabilidad del porteador por demora (véase A/CN.9/552, párrs. 18 a 31), y que esa responsabilidad estaba regulada en el artículo 22, con la excepción de sus límites que estaban regulados en el artículo 65, en el capítulo dedicado a la limitación de la responsabilidad. Por consiguiente, se indicó que el Grupo de Trabajo no debía reabrir el debate sobre ese proyecto de artículo.

201. No obstante, se pusieron objeciones muy graves a la inclusión en el proyecto de convenio de los daños emergentes por concepto de demora tanto respecto del cargador como del porteador. Se indicó que tal inclusión podía suponer un riesgo enorme e ilimitado de responsabilidad para los cargadores. Por ejemplo, se explicó

que si un cargador no facilitaba un documento a tiempo podría retrasar la descarga de un único contenedor cargado con mercancías de escaso valor, lo que pudiera impedir a su vez que todos los contenedores del buque llegaran y fueran descargados en su puerto de destino. En tal caso, se agregó, si bien por razones de equidad parecería que el porteador debería poder resarcirse frente a ese cargador de los daños imputables a la demora por los cuales el porteador hubiera de responder frente a otros cargadores con contenedores a bordo, si el cargador era considerado plenamente responsable frente al porteador de todos los daños causados por haber demorado el buque, su responsabilidad no solo podría tener repercusiones financieras devastadoras para él sino que además sería inasegurable. Se agregó que las dificultades que planteaba el establecimiento de un límite de responsabilidad razonable y lógico que pudiera aplicarse a la responsabilidad del cargador por los daños ocasionados por una demora, así como de un régimen de responsabilidad que permitiera asegurarle frente a los posibles riesgos derivados de daños por demora, hacían aconsejable la supresión en el proyecto de convenio del concepto de la responsabilidad por demora imputable al cargador. Se indicó asimismo que, a fin de asegurar la equidad y el equilibrio en el proyecto de convenio, convendría también eliminar a los daños emergentes de la demora de las causas de responsabilidad del porteador frente a los cargadores, salvo si las partes en un envío lo acordaran expresamente, dado que si se tenía al porteador por responsable frente a los cargadores por la demora se le expondría a un riesgo potencial de responsabilidad muy grave, al igual que si se tenía al cargador por responsable de dichos daños frente al porteador.

202. Además, se dijo que, a fin de mantener un equilibrio equitativo en el proyecto de convenio, era esencial incluir en él una disposición equivalente que estableciera la responsabilidad de un cargador que ocasionara la demora y que expusiera al porteador a un riesgo de pérdidas como consecuencia de las demandas por demora que otros cargadores presentaran, y que dado que la responsabilidad del porteador por los daños ocasionados por la demora estaría limitada, tal responsabilidad del cargador debería estar sujeta también a una limitación razonable. Sin embargo, se agregó que la tentativa de fijar un límite aceptable de la responsabilidad del cargador por concepto de los daños imputables a una demora había resultado ser un cometido sumamente difícil, pues un límite basado en el flete pagado por el cargador "culpable" era considerado demasiado bajo por los porteadores, mientras que los cargadores consideraban demasiado elevados límites, como la plena responsabilidad por los daños ocasionados por la demora a todos los otros cargadores. Se dijo asimismo que todo porteador debería estar amparado frente a toda pérdida que sufriera por una demora imputable a un cargador, aunque la responsabilidad resultante para dicho cargador fuera significativa. Se llegó a la conclusión de que la única solución equitativa de este dilema consistiría en eliminar del proyecto de convenio el concepto de la responsabilidad del cargador por daños a raíz de una demora imputable al cargador y, salvo que un contrato de transporte o un contrato de volumen estipule determinada fecha para la entrega de la carga, deberá suprimirse igualmente dicha responsabilidad para los porteadores. Por consiguiente, se sugirió que se enmendara el artículo 22 de modo que la responsabilidad del porteador por toda pérdida económica imputable a una demora estuviera limitada a aquellos casos en los que el porteador hubiera consentido en asumir tal responsabilidad.

203. Se recordó que se había propuesto un texto al Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/WG.III/WP.69, párrs. 8 a 14) a tenor del cual el cargador no sería responsable de los daños emergentes de una demora, y la responsabilidad del porteador quedara limitada en consonancia. Se explicó que ese resultado podría lograrse enmendando y suprimiendo diversas referencias a la demora en el proyecto de convenio, e insertando un nuevo proyecto de artículo 36 *bis* (véase A/CN.9/WG.III/WP.69, párr. 14), que tenía por objeto impedir toda interpretación eventual de "daños o pérdidas de mercancías", conforme al proyecto de convenio, que englobara otros daños o pérdidas imputables a una demora que no fueran daños o pérdidas materiales. En respuesta a una pregunta se explicó que los daños emergentes que no serían recuperables con arreglo al texto propuesto serían no solo las pérdidas puramente económicas, sino también toda pérdida económica parcial que fuera, por ejemplo, imputable a la fluctuación de los precios del mercado durante el período en que se hubiera producido la demora. Se explicó también que el porteador, así como el cargador, continuarían siendo considerados responsables de las pérdidas o daños materiales de las mercancías con arreglo al artículo 17 y en todo supuesto en el que las partes hubieran estipulado explícitamente la fecha de entrega.

204. Se respondió que la solución sugerida privaría a toda parte afectada de toda vía judicial disponible con arreglo al derecho interno para resarcirse de sus pérdidas económicas. Dadas las reservas expresadas ante la dificultad de redactar un texto satisfactorio, se sugirió que la solución idónea para regular la responsabilidad por demora en el proyecto de convenio no consistía en limitar la responsabilidad del porteador sino en dejar dicha cuestión al arbitrio del derecho interno para todo tipo de pérdida imputable a demora. Se sugirió además que para excluir totalmente la eventualidad de que se presente una demanda por pérdidas económicas conforme al texto propuesto, no bastaría con eliminar toda referencia a la "demora" en el proyecto de convenio sino que tal vez fuera necesario insertar una disposición que excluyera toda demanda por dicho concepto presentada por el porteador contra el cargador. Se sugirió que ese proyecto de disposición se inspirara en el proyecto de artículo 4, lo que obligaría a reformular algo el texto del artículo 36 *bis* propuesto en el párrafo 14 de A/CN.9/WG.III/WP.69.

205. El Grupo de Trabajo examinó detenidamente las sugerencias mencionadas. Se indicó asimismo que si se dejaba la responsabilidad por demora al arbitrio del derecho interno no solo no se haría nada por unificar ese derecho sino que se estaría perpetuando la práctica actual injusta consistente en insertar una cláusula en los conocimientos de embarque por la que el porteador se exoneraba de responsabilidad por todo daño económicos imputable a demora, mientras que el cargador no disponía de una salvaguardia equivalente. Se indicó además que sería conveniente unificar al máximo el derecho en esta materia, ya que con ello mejoraría no solo la previsibilidad jurídica sino también la asegurabilidad del riesgo, mientras que si se dejaba la cuestión en manos de los distintos derechos internos se iría en contra de esos objetivos. Se expresó también la opinión de que la responsabilidad del porteador y la del cargador por demora no tenían por qué examinarse conjuntamente, ya que la responsabilidad del porteador por demora afectaba a la obligación primordial del porteador de entregar las mercancías, mientras que la misma responsabilidad del cargador afectaba a sus obligaciones secundarias. También se sostuvo que, aunque fuera problemática, no debería descartarse tan

fácilmente la demora como fundamento de la responsabilidad. Por ejemplo, la responsabilidad del cargador por demora era limitable ya que estaría probablemente basada en culpa o negligencia; la carga de la prueba recaería sobre el demandante conforme a las reglas ordinarias, y la acción ejercitable estaría sujeta a un plazo de prescripción breve, posiblemente de un año. En apoyo de una disposición del proyecto de convenio sobre la responsabilidad por demora, se dijo también que aunque la formulación de una solución equitativa para la limitación de la responsabilidad por demora fuera difícil, no era una tarea imposible, dado que en efecto ciertas legislaciones internas limitaban, por ejemplo, la responsabilidad del cargador por demora en función del peso de las mercancías cargadas. Se agregó que, conforme a esta variante, la responsabilidad del cargador por demora podría limitarse en función del flete pagado, si bien se habían señalado los problemas que plantearía este enfoque, por ejemplo, en el caso en que la medida fuera el flete pagado por un contenedor con mercancías de bajo valor que hubiera demorado la llegada a su destino de otros contenedores con mercancías de valor muy superior. Se expresó el parecer de que cabría insertar una regla sobre la responsabilidad del porteador por demora aun cuando no se insertase regla alguna sobre la responsabilidad del cargador por demora.

206. Se respondió que si bien la unificación jurídica era, en efecto un resultado deseable, la asegurabilidad del riesgo no dependía tanto de la uniformidad de la regla como de la limitación del importe de la responsabilidad. Se instó al Grupo de Trabajo a no subestimar la dificultad que entrañaba esta tarea. En la búsqueda de una solución posible, se invitó al Grupo de Trabajo a que estudiara los tipos de daños que podrían cubrirse en un régimen de la responsabilidad por demora en el proyecto de convenio. A este respecto, se dijo que, si bien los daños materiales serían siempre recuperables, los daños por pérdidas puramente económicas y los daños por pérdidas económicas parciales debidas a las variaciones del valor de las mercancías en el mercado durante el período de la demora deberían quedar al margen del ámbito de aplicación del proyecto de convenio. Se sugirió que se permitiera que las partes, obrando en el ejercicio de su autonomía contractual, estipulen al margen de lo dispuesto en el artículo 22, relativo a la responsabilidad del porteador por demora, en lo concerniente únicamente a su responsabilidad por las pérdidas económicas. Se aclaró que con arreglo a dicha solución el porteador habría de responder de la demora salvo acuerdo en contrario. No obstante, se expresaron reservas por estimarse que, según como se redactara el texto definitivo del artículo 94, cabría tal vez valerse de esa autonomía contractual para incrementar la responsabilidad del cargador por demora, y tal resultado iría en contra del objetivo asignado al proyecto de disposición.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad por demora:

207. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió lo siguiente:

- Proseguir el examen de la responsabilidad por demora en el proyecto de convenio en un futuro período de sesiones, una vez examinadas las cuestiones presentadas;
- Alentar enérgicamente la presentación de propuestas escritas sobre esta cuestión para que se examinen en el siguiente período de sesiones; y

- Suspender el examen de toda cuestión de interés para el Grupo de Trabajo en relación con las obligaciones del cargador hasta que se haya examinado el tema de la demora.

Propuesta concerniente a los conocimientos de embarque emitidos a nombre de determinada persona

208. Se recordó al Grupo de Trabajo la propuesta que se hizo en A/CN.9/WG.III/WP.68 de incluir algunas disposiciones en el proyecto de convenio concernientes a los conocimientos de embarque emitidos a nombre de determinada persona. Se dijo que si bien el régimen del convenio en su totalidad giraba en torno de los títulos y documentos electrónicos de transporte negociables y no negociables, se utilizaba en la práctica otra modalidad de títulos o documentos de transporte con rasgos propios de una categoría intermedia entre las dos grandes categorías anteriormente mencionadas: el conocimiento de embarque emitido a nombre de determinada persona. Se observó que este título era frecuentemente utilizado en el marco de algunos ordenamientos jurídicos, aun cuando se designara por nombres distintos o se le aplicaran reglas algo distintas incluso en el interior de un mismo país. Se pensó además que, pese a que pudiera parecer superfluo hacer una mención especial del conocimiento de embarque emitido a nombre de determinada persona en el marco jurídico del proyecto de convenio, convendría prever de algún modo el trato que habría de darse a este título de transporte en el marco del futuro convenio, dado que no era previsible que las prácticas comerciales existentes se modificaran de un día al otro, a raíz de la entrada en vigor del nuevo régimen. El Grupo de Trabajo convino en limitar el examen de dicha propuesta, en su actual período de sesiones, a dos cuestiones básicas que serían la de determinar si procedía o no insertar en el convenio alguna disposición concerniente a esta modalidad del conocimiento y la de buscar una definición idónea para el conocimiento de embarque emitido a nombre de determinada persona, dejando toda otra cuestión concerniente a estos títulos para alguna etapa ulterior de sus deliberaciones.

Conveniencia de regular o no el conocimiento emitido a nombre de determinada persona

209. Se expresó el parecer de que si era cierto que el marco actual del proyecto de convenio había previsto todas las modalidades de documento de transporte requeridas para el comercio, el hecho de que se regulara también esta modalidad intermedia y de características inciertas podría, en cierto modo, incitar a su empleo, mientras que lo que procedía hacer ahora era poner término a dichas anomalías. Por ello, se opinó que no procedía regular expresamente en el futuro convenio el conocimiento emitido a nombre de determinada persona, ya que dicho título debería regirse por el derecho general aplicable a los títulos o documentos negociables o no negociables.

210. Ahora bien, se expresó también el parecer contrario de que el proyecto de convenio debería prever de algún modo el empleo del conocimiento emitido a nombre de determinada persona, ya que la incorporación de esta modalidad del conocimiento de embarque al nuevo régimen uniforme eliminaría en buena parte la inseguridad jurídica a la que pudiera dar lugar el empleo de dicha modalidad del conocimiento. Algunos de los asistentes opinaron que, aun cuando no se utilizaba

este documento en sus respectivos países, lo cierto era que esta modalidad intermedia del conocimiento se utilizaba en otros lugares, por lo que regularla de algún modo en el proyecto de convenio pudiera acrecentar la utilidad y eficiencia del nuevo régimen para sus propios países. Prevaleció el parecer de que, por razones de funcionalidad comercial, procedía regular de algún modo esta modalidad del conocimiento que se utilizaba en algunos lugares ya que cabía prever que ello contribuiría a la seguridad jurídica del comercio.

Conclusiones del Grupo de Trabajo en lo concerniente a la inclusión del conocimiento emitido a nombre de determinada persona:

211. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió que:

- se incluyeran disposiciones concernientes al conocimiento de embarque emitido a nombre de determinada persona en el proyecto de convenio.

Definición del conocimiento de embarque emitido a nombre de determinada persona

212. En el párrafo 12 de A/CN.9/WG.III/WP.68 se propuso definir el conocimiento de embarque emitido a nombre de determinada persona como "todo título de transporte no negociable en el que conste que debe ser devuelto para obtener la entrega de las mercancías". Se observó que la intención de la definición propuesta era la de que dichos conocimientos fueran tratados, en el marco del proyecto de convenio, como títulos no negociables, por lo que este título debía conllevar el requisito de que se había de presentar o entregar al porteador siempre que el tenedor del documento desease ejercitar algún derecho nacido del contrato de transporte del que diera fe el conocimiento de embarque, requisito que cabría designar como "regla de su presentación". Se pensó que, para perfilar mejor su sentido, dicha definición debería exigir que la "regla de su presentación" estuviera consignada sobre el propio título como indicadora de que este documento gozaba de cierto grado de negociabilidad. Se pensó que esta definición combinaba los elementos requeridos para adecuarla con la práctica comercial actual, según la cual las partes podrían estipular este requisito de presentación de un título por lo demás no negociable, y se señaló que los formularios en uso para el conocimiento de embarque emitido a nombre de determinada persona normalmente llevaban alguna indicación de dicha "regla de su presentación".

"que conste" ("que se indique")

213. Se explicó que se había empleado en la definición la expresión "en el que conste" (en la versión inglesa "*indicates*", es decir "en que se indique") en vez de "*stated*" ("conste" o "se declare") para dotarla de mayor flexibilidad y hacerla así aplicable a un mayor número de títulos. Pese a que el texto de dicha definición obtuvo cierto apoyo, se expresó la inquietud de que el término de la versión inglesa "indica" resultara demasiado flexible y lato, lo que daría lugar a que ciertos documentos no destinados a servir como conocimientos a nombre de determinada persona fueran considerados como tales. Se propuso sustituir en la versión inglesa el verbo "se indica" por una expresión más precisa como pudiera ser "conste", "se indique explícitamente" o "lleve consignado".

214. Según otra sugerencia debería aclararse el sentido de la definición insertando la expresión "con arreglo al derecho interno aplicable al documento emitido" a continuación del término de la versión actual "conste", y formulándola en términos similares a los de la definición de "título de transporte negociable" que se da en el artículo 1 o). Dada la posibilidad de que el título emitido lleve alguna estipulación imprecisa como la de que "el porteador podrá exigir la entrega de este título al ir a efectuar la entrega de las mercancías", se pensó que era importante señalar que la definición que se daba había de ser interpretada con arreglo al derecho interno aplicable al título emitido. Se expresó cierta inquietud de que la inserción de esa frase, por la que se remitía al derecho interno aplicable, restringiera indebidamente el alcance de la definición, limitando así los documentos a los que sería aplicable, habida cuenta en particular de la falta de uniformidad de la jurisprudencia concerniente a los conocimientos de embarque emitidos a nombre de determinada persona. Se respondió a dicha inquietud que la flexibilidad inherente al empleo del término "indica" (en la versión española "conste") permanecería en el texto, pero que la inserción de una frase por la que se remitiera al derecho interno aplicable enmarcaría en cierto modo el ejercicio de toda discrecionalidad a la que diera lugar el empleo de ese término.

Conclusiones del Grupo de Trabajo en lo concerniente a la definición de conocimiento de embarque emitido a nombre de determinada persona:

215. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió que:

- la definición actual del conocimiento de embarque emitido a nombre de determinada persona no era plenamente satisfactoria, ya que el término "indica", empleado en la versión inglesa, resultaba demasiado flexible; y
- la Secretaría debía preparara algunas variantes de dicha definición por las que se evitara sugerir que se hubiera de consignar en el título de transporte un texto determinado para que dicho título fuera tenido por un conocimiento a nombre de determinada persona, y sin perder en ellas de vista la necesidad eventual de hacer alguna remisión al derecho por lo demás aplicable al título de transporte.

Títulos de transporte y documentos electrónicos de transporte - Capítulo 9

216. Se recordó al Grupo de Trabajo que la última vez que había examinado el capítulo del proyecto de convenio dedicado a los títulos de transporte y a los documentos electrónicos de transporte fue en su 11º período de sesiones (véase A/CN.9/526, párrs. 24 a 61). Se recordó también al Grupo de Trabajo que se habían presentado propuestas relativas a los títulos de transporte y a los documentos electrónicos de transporte para que las examinara en su actual período de sesiones (A/CN.9/WG.III/WP.62 y A/CN.9/WG.III/WP.70). Además, se señaló que el texto de las disposiciones enunciadas en el documento A/CN.9/WG.III/WP.62 era idéntico al del proyecto de convenio recogido en el documento A/CN.9/WG.III/WP.56, mientras que en el documento A/CN.9/WG.III/WP.70 se proponían variantes del texto del artículo 37 y del párrafo 3 del artículo 40.

217. El Grupo de Trabajo convino en la propuesta de que procediera a examinar artículo por artículo el capítulo sobre los títulos de transporte y los documentos electrónicos de transporte, pues era la primera vez que examinaba ese capítulo durante su segunda lectura del proyecto de convenio. Además, se observó que si bien durante las deliberaciones se hablaba a menudo únicamente de los "títulos de transporte", quedaba entendido que dicho término abarcaba también a los "documentos electrónicos de transporte".

Proyecto de artículo 37. Emisión de un título de transporte o de un documento electrónico de transporte

218. Se recordó al Grupo de Trabajo que los antecedentes históricos del artículo 37 estaban en el párrafo 3 del artículo 3 de las Reglas de La Haya y de las Reglas de La Haya-Visby, a tenor del cual el porteador emitía el conocimiento de embarque a nombre del cargador y a petición de éste, y en el párrafo 1 del artículo 14 de las Reglas de Hamburgo, que disponían que el conocimiento de embarque se emitía a nombre del cargador y, en virtud de la definición dada en dicho instrumento del "cargador", a nombre asimismo del consignador. Se señaló que la principal innovación del artículo 37 del proyecto actual de convenio era el reconocimiento de que el "consignador" no era necesariamente la misma persona que el "cargador", por ejemplo, en el caso de un vendedor FOB que fuera el "consignador" de y un comprador FOB que fuera el "cargador". Si bien se reconoció que en la mayoría de los casos el cargador y el consignador cooperarían conforme a su contrato de compraventa, no dejaba de ser posible que surgiera entre ellos una controversia y, por consiguiente, sería importante saber qué documentos habían sido recibidos por cada parte. Se explicó que el artículo 37 tenía por objeto regular toda situación que degenerara en litigio al darse al consignador el derecho a recibir un título de transporte que corroborara únicamente la recepción por el porteador de las mercancías entregadas, mientras que el cargador o el cargador documentario tenían derecho a recibir un título de transporte negociable que les permitiera proteger sus intereses hasta que se hubiera efectuado el pago con arreglo al contrato de compraventa.

219. Se observó que el texto del artículo 37 propuesto en A/CN.9/WG.III/WP.70 era sustancialmente distinto del que figuraba en el proyecto de convenio. El criterio adoptado en el texto propuesto en A/CN.9/WG.III/WP.70 era que sería el consignador, y no el cargador, quien controlaría de hecho las mercancías, y que el cargador no controlaría las mercancías hasta que se lo permitiera el consignador.

220. Se expresaron reservas sobre el enfoque adoptado en el artículo 37 del actual proyecto de convenio. Se estimó que en un contrato de compraventa FOB, el vendedor FOB, es decir el consignador, no estaría lo bastante amparado por el artículo 37, puesto que recibiría un mero recibo, y no un título negociable. Se opinó que el artículo 37 suscitaba dos problemas: el recibo obtenido por el consignador carecía de toda condición jurídica legalmente reconocida, mientras que una de las funciones del conocimiento de embarque era la de dejar constancia de la recepción de las mercancías. Además, se dijo que en algunos ordenamientos, la persona que hacía la entrega de las mercancías al porteador gozaba de un derecho independiente a obtener un título de transporte negociable, por lo que, en una venta FOB, el consignador debería recibir el título negociable, a título de garantía, al hacer entrega de las mercancías al porteador. Así las cosas, algunas delegaciones

se declararon partidarias de la versión del artículo 37 propuesta en A/CN.9/WG.III/WP.70.

221. No obstante, según la opinión contraria, el enfoque adoptado en el artículo 37 del actual proyecto de convenio resultaba también apropiado en el caso de una venta FOB. A tenor del apartado a) del artículo 37, el consignador gozará de un derecho independiente a obtener un recibo del porteador en el que se indique que ha hecho entrega de las mercancías para su transporte, mientras que el apartado b) otorgaba al cargador el derecho a obtener del porteador el título de transporte que estime apropiado, ya que se desea que sea el cargador quien decida si el título de transporte emitido por el porteador ha de ser negociable o no negociable, salvo que la costumbre del ramo considerado sea no emitir título o documento alguno. Se estimó que la referencia en el apartado b) a "la persona a que se hace referencia en el artículo 34", es decir al cargador documentario, protegía adecuadamente al vendedor FOB (o consignador de las mercancías). Si bien en una compraventa FOB, el vendedor FOB actuaría normalmente a nombre del comprador FOB, éste no era el caso en el marco del contrato de transporte, donde el vendedor FOB gozaba de un derecho independiente a obtener el título de transporte. La única vía por la que el porteador podría enterarse de que el vendedor FOB (o el consignador), y no el comprador FOB (o cargador), tenía derecho al título de transporte negociable era en el caso de que el cargador hubiera dado la orden al porteador de hacer entrega al cargador documentario con arreglo al artículo 34, es decir, al vendedor FOB, del título de transporte negociable. Además, el cargador (comprador FOB) estaría obligado a dar aviso al respecto al porteador a tenor del contrato de compraventa. Según este mecanismo, el vendedor FOB, o consignador, recibiría el título de transporte negociable, por lo que se estimó que estaría adecuadamente protegido. Se estimó, por ello, que este enfoque era apropiado y que las partes en el contrato de compraventa deberían velar, en el marco de su propio contrato por sus intereses, en vez de tratar de amparar esos intereses por conducto de las partes en el contrato de transporte.

222. Obtuvo cierto apoyo el parecer de que el cargador documentario debería tener un derecho independiente a tenor del apartado b), a recibir un título de transporte, en vez de tener que defender sus intereses a través de lo estipulado en el contrato de compraventa. Se dijo, por ello, que el enfoque adoptado en el artículo 37 del texto actual del proyecto de convenio era preferible al del texto propuesto en A/CN.9/WG.III/WP.70, que se consideró impreciso en cuanto a la identidad del consignador, habida cuenta de la amplitud de la definición que se daba del "consignador" en el apartado i) del artículo 1, que abarcaba toda persona que hiciera la entrega efectiva de las mercancías al porteador, incluso, por ejemplo, el conductor de un camión. Además, se sostuvo que el texto propuesto en A/CN.9/WG.III/WP.70 parecía crear un régimen nuevo y complejo en virtud del cual el consignador obtendría el recibo de las mercancías, que podía canjear ulteriormente por un título de transporte negociable, y se estimó que no era necesario ese régimen para dotar al vendedor FOB de un documento al que tuviera derecho para protegerse.

223. Se hicieron varias sugerencias para aclarar el texto actual del artículo 37. Se convino en general en que se precisara el texto del apartado a) para poner en claro que se refería a un mero recibo, y no a un título de transporte o a un recibo; que hiciera las veces de un título, teniendo presente que la definición de "título de

transporte" dada en el apartado n) del artículo 1 englobaba también al recibo. También hubo acuerdo en que en el apartado b) se hiciera mención del título de transporte y del documento electrónico de transporte tanto negociable como no negociable y en que se aclarara que el cargador sería el que habría de decidir si el porteador emitía un título de transporte negociable o no negociable. Se estimó que las palabras "expresa o implícitamente" eran tal vez innecesarias en el apartado b), por lo que se sugirió que se suprimieran. Se observó que esas palabras se repetían en diversas disposiciones del proyecto de instrumento y se convino en examinar cada una de ellas a fin de determinar si eran o no necesaria.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 37:

224. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que:

- el enfoque adoptado en el texto del artículo 37 era aceptable; y que
- la Secretaría deberá modificar dicho texto, insertando en el apartado a) una fórmula que precise que en dicho apartado se hacía referencia a un recibo en sentido estricto, indicando en el apartado b) que el cargador tendrá derecho a elegir el título que habrá de emitir el porteador y haciéndose mención explícita en el apartado b) de los títulos de transporte no negociables. Deberá además examinarse el empleo que se hace de las palabras "expresa o implícitamente" con miras a su eventual supresión en todo el texto del proyecto de convenio.

Proyecto de artículo 38. Datos del contrato

225. Se señaló que la meta del artículo 38 era la de indicar el contenido mínimo obligatorio de la información que había de consignarse entre los datos del contrato. Se recordó que en el curso de las deliberaciones oficiosas se habían sugerido datos adicionales que habrían de consignarse y ciertos retoques del texto de esta disposición a fin de que el Grupo de Trabajo los examinara (véase A/CN.9/WG.III/WP.62, párrs. 12 a 18).

226. El Grupo de Trabajo se mostró en general de acuerdo con el texto del artículo 38 presentado en A/CN.9/WG.III/WP.56.

227. Se señaló asimismo que la lista de requisitos obligatorios debería ceñirse en lo posible a enunciar los datos estrictamente necesarios. Se añadió que las partes podrían estipular toda adición que estimaran oportuna a los datos del contrato en función de sus propias necesidades comerciales. Se informó, no obstante, al Grupo de Trabajo que en las consultas oficiosas sobre este capítulo se habían mencionado ciertos datos adicionales que cabría conceptuar como obligatorios (véase A/CN.9/WG.III/WP.62, párr. 14). Se citaron al respecto el nombre y la dirección del cargador o consignador; el nombre y la dirección del consignatario; los lugares para la recepción y descarga de las mercancías y los puertos de carga y descarga; el número de originales emitidos del título de transporte; una declaración, cuando así proceda, por la que se haga saber que las mercancías viajarán o podrán viajar sobre cubierta; y toda indicación que proceda acerca de la índole peligrosa de las mercancías.

228. Se sugirió insertar en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 38 las palabras "conforme sean entregadas por el cargador". Se sugirió además suprimir en los apartados b) y c) de ese mismo párrafo las palabras "previo a la recepción de las mercancías por el porteador o por una parte ejecutante", dado que la información en ellas requerida podría ser facilitada con provecho al porteador o ala parte ejecutante con posterioridad al momento en que uno u otro reciba las mercancías pero antes de que proceda a cargarlas en el buque. Se pensó que cabría precisar que dicha información deberá facilitarse oportunamente mediante una remisión al artículo 30, que trata de la información que habrá de facilitar el cargador.

229. Se dijo además que procedería sustituir, al final del inciso i) del apartado c) del párrafo 1 del artículo 38, la conjunción "y" por "o". Se explicó que el texto reflejaría así mejor la práctica comercial actual, por la que el cargador solía informar al porteador ya sea del número de bultos o unidades de carga o de la cantidad de mercancías que entregaba, o ya sea del peso de dichas mercancías, por lo que no procedía exigir del porteador que consignara todos esos datos cada vez. Se respondió que la disposición examinada tenía por objeto exigir del porteador que consigne el número de bultos y el peso de las mercancías entre los datos del contrato únicamente en el supuesto de que el cargador lo haya solicitado y haya facilitado además los datos correspondientes. Se observó que cabría exigir eso mismo sustituyendo en el inciso ii) del apartado c) la frase "conforme a lo que sea entregado por el cargador" por "si el cargador solicita que se consigne dicho dato".

230. Se sugirió que se hiciera en el artículo 38 una referencia al número de originales que se haya emitido del título de transporte negociable. Se indicó que esa referencia ampararía a todo tercero que pasara a ser tenedor de un ejemplar del título de transporte negociable, al informarle del número de originales que estaban en circulación. Se observó que, si bien debía desalentarse la práctica de emitir más de un original de cada título de transporte negociable, la regla sugerida resultará no obstante útil en la medida en que subsista esa práctica poco recomendable. Se sugirió además que cabría insertar en el artículo 40 algún texto en el que se señalen las consecuencias de todo incumplimiento del deber de informar sobre el número de originales emitidos.

231. Se sugirió asimismo insertar en el artículo 38 una referencia a los lugares de recepción y descarga de las mercancías, así como a los puertos de carga y descarga, ya que dichos lugares y puertos servirían para determinar el ámbito de aplicación del proyecto de convenio y la aplicabilidad eventual de lo dispuesto en su régimen respecto a la competencia jurisdiccional y al recurso eventual a la vía arbitral. Se sugirió además que se insertara por razones de orden público una referencia a la índole eventualmente peligrosa de las mercancías, reiterándose así el deber del cargador de facilitar todo dato que le fuere exigible con arreglo al artículo 33. Se sugirió además que se insertara también una referencia al transporte eventual de las mercancías sobre cubierta. Ahora bien, esas sugerencias no obtuvieron el apoyo requerido del Grupo de Trabajo.

232. Se sugirió que se revisara el encabezamiento del artículo 38 a fin de velar por su coherencia con el contenido ya acordado del artículo 37 en lo concerniente a la referencia que se hace al título de transporte y al documento electrónico de transporte.

Conclusiones del Grupo de Trabajo en lo concerniente al proyecto de artículo 38:

233. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió:

- insertar al final del apartado a) del párrafo 1 del artículo 38 las palabras "conforme sean entregadas por el cargador";
- sustituir en los apartados b) y c) del párrafo 1 del mismo artículo las palabras "previo a la recepción de las mercancías por el porteador o por una parte ejecutante" por una indicación del contenido de la información exigible con arreglo al artículo 30;
- insertar en el artículo 38 una referencia al número de originales que se hayan emitido del título de transporte negociable; y
- pedir a la Secretaría que prepare una versión revisada del artículo 38 a la luz de las anteriores consideraciones y que examine si procede enmendar la remisión al artículo 37 que se hace en el encabezamiento de este artículo.

III. Otros asuntos

Calendario de los períodos de sesiones 18º, 19º y 20º

234. Se observó que, a reserva de lo que aprobara la Comisión en su 39º período de sesiones, el 18º período de sesiones del Grupo de Trabajo estaba previsto para los días 6 a 17 de noviembre de 2006 en Viena (véase A/60/17, párr. 241), y el 19º período de sesiones para los días 16 a 27 de abril de 2007 en Nueva York. Se observó además que, a reserva de lo que apruebe la Comisión en su 40º período de sesiones, el 20º período de sesiones del Grupo de Trabajo estaba previsto para los días 15 a 25 de octubre de 2007 en Viena.

Planificación de la labor futura

235. Con miras a estructurar las deliberaciones sobre el texto aún pendiente del proyecto de instrumento, el Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa provisional, que habría de seguirse por el orden indicado, con miras a finalizar la segunda lectura del proyecto de instrumento:

18º período de sesiones (Viena, 6 a 17 de noviembre de 2006 - fechas sujetas a aprobación):

- Vía judicial y vía arbitral;
- Títulos de transporte y documentos electrónicos de transporte (*continuación*);
- Demora y asuntos pendientes en lo concerniente a las obligaciones del cargador (*continuación*);
- Limitación de la responsabilidad, con particular referencia al proyecto de artículo 104 sobre toda eventual enmienda de los límites fijados;

- Lista de los temas cuyo examen cabría aplazar para efectuarlo en el marco de algún otro instrumento, como pudiera ser una ley modelo;
- Acciones judiciales y plazos para ejercitarlas;
- Cláusulas finales, con particular referencia a la relación del régimen del nuevo convenio con el de otros instrumentos y la avería gruesa.

236. El Grupo de Trabajo se felicitó del avance ininterrumpido de la labor preparatoria del proyecto de convenio. En vista del número y de la complejidad de las cuestiones aún pendientes de ser resueltas en el proyecto de convenio, el Grupo de Trabajo expresó el parecer de que tal vez necesitaría algún plazo adicional para completarlo. El Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo en que completaría su segunda lectura del proyecto de convenio para finales de 2006 y su lectura definitiva para finales de 2007.

N. Preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: propuesta de Finlandia, presentada al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 17º período de sesiones

(A/CN.9/WG.III/WP.61) [Original: inglés]

Nota de la Secretaría

En preparación del 17º período de sesiones del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte), el Gobierno de Finlandia ha presentado el texto de una propuesta relativa al ámbito de aplicación, la autonomía contractual y las disposiciones conexas del proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías para su examen por el Grupo de Trabajo. El texto de la propuesta se reproduce en un anexo a la presente nota en la forma en que la Secretaría lo recibió.

Anexo

Ámbito de aplicación, autonomía contractual y disposiciones conexas

1. Deliberaciones anteriores

1. El ámbito de aplicación, la autonomía contractual y las disposiciones conexas se examinaron en períodos de sesiones anteriores del Grupo de Trabajo, particularmente en el 14º (Viena, 2004) y el 15º (Nueva York, 2005). En el 16º período de sesiones (Viena, 2005) no se debatió el tema, debido a que las cuestiones pendientes serían debidamente preparadas y presentadas por conducto de la secretaría de la CNUDMI al 17º período de sesiones (Nueva York, 2006). Sin embargo, durante el 16º período de sesiones se señaló la importancia de comprender las repercusiones del régimen de contratos por volumen de carga en los cargadores pequeños o poco modernizados, y se especificaron esas repercusiones.

2. Respecto de los puntos de partida arriba mencionados, pueden consultarse los siguientes documentos de la CNUDMI:

- A/CN.9/572, Informe del Grupo de Trabajo III sobre la labor de su 14º período de sesiones (Viena, 2004), párrafos 81 a 109;
- A/CN.9/576, Informe del Grupo de Trabajo III sobre la labor de su 15º período de sesiones (Nueva York, 2005), párrafos 10 a 109; y
- A/CN.9/591, Informe del Grupo de Trabajo III sobre la labor de su 16º período de sesiones (Viena, 2005), párrafo 244.

3. En su 14º período de sesiones (Viena, 2004) el Grupo de Trabajo llegó a varias conclusiones, que se detallan en el informe respectivo (A/CN.9/572). Entre ellas figuran las siguientes:

- El proyecto de convenio (instrumento) debería ser de aplicabilidad imperativa para los transportes tradicionales;
- Las pólizas de fletamento tradicionales, los contratos por volumen de carga en los transportes con buques que no sean de línea regular, el fletamento de plazas en contenedores de buques de línea regular y los contratos de remolque y de transporte de mercancías muy pesadas deberían quedar excluidos del ámbito de aplicación del proyecto de instrumento;
- Los terceros (en los casos en que el contrato de transporte entre el cargador y el porteador no esté incluido en el ámbito de aplicación del proyecto de convenio) deberían ser protegidos, y la identificación de esos terceros debería establecerse mediante referencia a un documento de transporte, teniendo en cuenta, sin embargo, que la categoría de los terceros cuyos derechos habría que amparar debe determinarse claramente, y aún no ha de considerarse agotada;
- El Grupo de Trabajo no se opuso a la incorporación de una disposición sobre los acuerdos de transporte marítimo por servicio de línea con carácter no obligatorio, en la que debería prestarse particular atención,

por ejemplo, a la protección de los intereses de los pequeños cargadores y de los terceros; y

- Debería estudiarse también cuál sería el lugar óptimo en el proyecto de convenio (instrumento) para insertar una disposición sobre los acuerdos de transporte marítimo por servicio de línea.

4. Respecto de la cuestión del ámbito de aplicación, en los debates del 14º período de sesiones se plantearon tres criterios alternativos: el criterio documental, el criterio contractual y el criterio comercial. Se señaló asimismo que otro aspecto de interés de la cuestión del ámbito de aplicación era si un determinado contrato de transporte había sido negociado libremente entre las partes o no. El Grupo de Trabajo llegó a la conclusión de que podía establecerse una fórmula intermedia en la que se combinaran el criterio documental, el criterio contractual y el criterio comercial. Las propuestas de redacción formuladas después de esta conclusión han sido soluciones de avenencia basadas en esos criterios alternativos. Sin embargo, la labor de redacción ha resultado difícil, pese al amplio consenso logrado a este respecto.

5. Un grupo de redacción oficioso preparó un texto revisado que se reproduce en el informe (A/CN.9/572), en el párrafo 105. Se observó que ese grupo de redacción oficioso no había tenido suficiente tiempo para examinar las cuestiones de los acuerdos de transporte marítimo por servicio de línea y de la aplicabilidad imperativa del proyecto de instrumento.

6. Tras haber continuado las deliberaciones sobre las cuestiones de la estructura, el fondo y la formulación entre los períodos de sesiones del Grupo de Trabajo, quedó claro que se requerían nuevas aclaraciones sobre todas las cuestiones mencionadas. Los acuerdos de transporte marítimo por servicio de línea se entendían ahora como contratos por volumen de carga. Sin embargo, aún quedaba por esclarecer la cuestión de la aplicación no imperativa a los contratos por volumen de carga. Estos puntos se examinaron en el 15º período de sesiones (Nueva York, 2005).

7. En el 15º período de sesiones (Nueva York, 2005), el Grupo de Trabajo llegó a varias conclusiones, que se detallan en el informe respectivo (A/CN.9/576). Entre ellas figuran las siguientes:

a) Los acuerdos de transporte marítimo por servicio de línea deberían incluirse en el ámbito de aplicación del proyecto de convenio en su calidad de contratos por volumen de carga, dejando que su inclusión dependa del carácter de cada una de las remesas previstas en dicho contrato;

b) Se establecieron ciertas condiciones que deberían darse para que los contratos por volumen de carga en el transporte por servicio de línea puedan sustraerse a algunas de las disposiciones obligatorias, y se dijo que el plan propuesto para esa sustracción podría servir de base para deliberaciones ulteriores al respecto, pero teniendo en cuenta los requisitos específicos de que haya claridad, una diferenciación suficiente y ausencia de abusos;

c) Respecto de los contratos por volumen de carga en el transporte por servicio de línea, no sería posible, sin embargo, sustraerse a la obligación de la navegabilidad del buque, ni a la responsabilidad resultante de la innavegabilidad, y lo mismo se aplicaría posiblemente a algunas disposiciones relativas a las obligaciones y responsabilidades del cargador;

d) Las mencionadas posibilidades de sustracción abarcarían también a los terceros, pero solo en determinadas condiciones. Este punto se plantearía en relación con los debates sobre la vía judicial y la vía arbitral;

e) En cuanto a la protección imperativa de los terceros, se estableció el requisito del nexo documental pero se decidió que se haría lo posible por conciliar este criterio con el de la especificación de los terceros. Si ello no se lograba, se mantendrían por el momento ambas opciones, para seguir estudiándolas; y

f) Debería mantenerse un régimen imperativo de sentido único respecto del porteador, y el régimen debería incluir a las partes ejecutantes marítimas.

8. Había varias otras cuestiones que debían decidirse en el 15º período de sesiones, como se señala en el informe (A/CN.9/576).

9. Las deliberaciones del 15º período de sesiones (Nueva York, 2005) se basaron en un proyecto preparado por un grupo de redacción oficioso. El resultado final del 15º período de sesiones se recoge, con algunos ajustes técnicos de poca monta, en el documento A/CN.9/WG.III/WP.56. Las conclusiones del Grupo de Trabajo sin embargo, figuran en el informe del 15º período de sesiones (A/CN.9/576).

10. Se señaló que había que seguir trabajando para establecer un texto aceptable. Después del 15º período de sesiones quedó claro también que la redacción resulta compleja para muchas partes. Se ha observado que no es fácil entender a cuáles contratos de transporte es aplicable el proyecto de convenio y a cuáles no, según el artículo 9 del documento A/CN.9/WG.III/WP.56. Esto ocurre en particular con los contratos por volumen de carga. Además, la protección de los terceros en virtud del artículo 10 que figura en A/CN.9/WG.III/WP.56 resulta difícil de comprender, especialmente en relación con el artículo 9 de ese documento. El criterio de la aplicación no imperativa que se recoge en el artículo 95 del mismo documento respecto de los contratos por volumen de carga en el transporte por servicio de línea también debe examinarse más a fondo y reformularse.

11. En vista de lo que antecede, se ha considerado necesario perfeccionar las disposiciones sobre el ámbito de aplicación y la autonomía contractual, y sobre las cuestiones conexas.

12. En los párrafos siguientes se proponen varios cambios respecto del documento A/CN.9/WG.III/WP.56. Los números de los artículos son los mismos (pero una nueva definición modifica las letras de los apartados en el artículo 1).

2. Transporte multimodal

13. En este momento existe la intención, o la posibilidad, de que el proyecto de convenio abarque ciertos aspectos del transporte multimodal. La base para ello se encuentra en los proyectos de artículo 1 a) y 27 del documento A/CN.9/WG.III/WP.56. Según el proyecto de artículo 27, la regulación del transporte multimodal solo cubre la pérdida o el daño de las mercancías o la demora en su entrega.

14. El régimen multimodal puede afectar a diferentes partes del proyecto de convenio. Esta conexión se ha observado también, pero solo respecto de algunos puntos, al examinar el ámbito de aplicación, la autonomía contractual y las disposiciones conexas. Esos puntos particulares se indican en el informe (A/CN.9/572) del 14º período de sesiones (Viena, 2004), en el párrafo 103, y en el informe del 15º período de sesiones (Nueva York, 2005), en el párrafo 108.

15. La propuesta no parece crear particulares problemas en vista del carácter parcialmente multimodal del proyecto de convenio. Los aspectos multimodales no dan lugar a disposiciones adicionales. Si surgiera la necesidad de ellas por razones que no se han tomado en consideración, habría que proceder a redactarlas.

3. Texto propuesto y comentarios

16. *Artículo 1. Definiciones*

A los efectos del presente Convenio:

a) Por "contrato de transporte" se entenderá todo contrato por el que un porteador se comprometa, a cambio del pago de un flete, a transportar mercancías de un lugar a otro. Dicho contrato deberá prever un tramo marítimo y podrá prever tramos complementarios del tramo marítimo en los que se recurra a otras modalidades de transporte.

b) Por "contrato por volumen de carga" se entenderá todo contrato de transporte que prevea el transporte de cierta cantidad de mercancías, en una serie de remesas, durante cierto período de tiempo contractualmente estipulado. Cabrá estipular una cantidad mínima o máxima, o una cierta escala de cantidades.

c) Por "transporte por servicio de línea" se entenderá todo servicio de transporte que i) se ofrezca al público mediante algún anuncio o medio similar de publicidad y ii) incluya el transporte en buques que navegan con regularidad entre puertos previamente designados y de conformidad con un calendario de fechas de navegación anunciado al público.

cc) Por "transporte por servicio no regular" se entenderá todo transporte que no se haga por servicio de línea.

...

17. Este texto contiene algunos ajustes con respecto al que figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.56. El "contrato por volumen de carga" apartado b) es un contrato de transporte, y eso se expresa ahora en la definición. La palabra "carga" se ha sustituido por "mercancías", a fin de armonizar el lenguaje con el del proyecto de convenio. Según el informe (A/CN.9/591) del 16º período de sesiones (Viena, 2005), párrafo 244, se prepararía un documento explicativo sobre la regulación de los contratos por volumen de carga en el proyecto de convenio a fin ilustrar mejor las repercusiones jurídicas y prácticas. El Comité Marítimo Internacional (CMI) ha expresado su disposición a prestar asistencia en la preparación de tal documento. Por este motivo, en el presente documento no figura información detallada sobre los contratos por volumen de carga. A este respecto, se remite al documento que el CMI preparará y presentará al Grupo de Trabajo.

18. Los esfuerzos por aclarar las disposiciones básicas sobre el ámbito de aplicación han indicado que es necesario definir no solo el transporte por servicio no regular, sino también el transporte por servicio de línea. Esto quedará del todo claro cuando se examine el artículo 9.

19. *Artículo 8. Ámbito de aplicación general*

1. A reserva de lo dispuesto en el artículo 9, el presente Convenio será aplicable a todo contrato de transporte en el que el lugar de recepción y el lugar de entrega estén situados en distintos Estados, y en el que el puerto de carga y el puerto de descarga estén situados en distintos Estados, siempre que:

a) El lugar de recepción o puerto de carga esté situado en un Estado Contratante; o

b) El lugar de entrega o puerto de descarga esté situado en un Estado Contratante.

Por todo lugar o puerto a que se haga referencia, deberá entenderse el lugar o puerto estipulado en el contrato de transporte.

2. El presente Convenio será aplicable cualquiera que sea la nacionalidad del barco, del porteador, de las partes ejecutantes, del cargador, del consignatario o de toda otra parte interesada.

20. Se propone suprimir las frases que figuran entre corchetes en la parte introductoria del párrafo 1 del proyecto de artículo 8 en el documento A/CN.9/WG.III/WP.56, "[de un tramo marítimo]" y "[de ese mismo tramo]". Esas frases se incluyeron en respuesta a las preocupaciones de algunas delegaciones. La preocupación consistía en la posibilidad de que, por ejemplo, hubiera dos tramos marítimos internos diferentes en dos Estados distintos, en cuyo caso el puerto de carga del primer tramo y el puerto de descarga del segundo tramo se encontrarían en Estados diferentes. Ese transporte no debería quedar incluido en el ámbito de aplicación del proyecto de convenio. En lugar de incorporar las frases entre corchetes en el proyecto de convenio, se propone que esta aclaración particular se dé en los comentarios que se redactarán a partir del texto que se apruebe.

21. En el capítulo relativo a la vía judicial se ha propuesto que el puerto de carga y el puerto de descarga se añadan como factores de conexión, como base para determinar la competencia en las acciones judiciales contra el porteador. Este factor de conexión figura en el informe (A/CN.9/591) del 16º período de sesiones (Viena, 2005), en el párrafo 73, y se especifica en el apartado c) del proyecto de artículo 75, en el mismo párrafo. Una vez aprobados esos factores de conexión, parece adecuado incluir el puerto de carga y el puerto de descarga como factores que también determinan la aplicación del proyecto de convenio. De esa manera, el texto se armoniza con el de la parte introductoria del párrafo 1. En consecuencia, se propone que se supriman los corchetes en torno a las palabras "o puerto de carga" y "o puerto de descarga" en los apartados a) y b) del párrafo 1 del proyecto de artículo 8 que figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.56.

22. Se propone suprimir el texto entre corchetes del párrafo 1 c) del proyecto de artículo 8 del documento A/CN.9/WG.III/WP.56, ("en el contrato de transporte se haya estipulado que dicho contrato se regirá por el presente Convenio, o por la ley de algún Estado que lo haya declarado aplicable"), debido a las dificultades particulares con que se ha tropezado para decidir si esa referencia es pertinente. Estas dificultades se señalaron en el informe (A/CN.9/576) del 15º período de sesiones (Nueva York, 2005), en los párrafos 61 y 62. Incluso sin esa referencia particular, las partes tienen naturalmente siempre el derecho de incorporar el texto del proyecto de convenio en sus contratos, como es habitual hacer mediante las "cláusulas principales". Es posible que surjan problemas en relación con la interpretación de esas referencias y del texto del proyecto de convenio como estipulaciones contractuales, pero esos problemas podrían quedar fuera del ámbito de los debates del Grupo de Trabajo.

23. *Artículo 9. Exclusiones e inclusiones de su régimen*

1. El presente Convenio no será aplicable a los siguientes contratos de transporte por servicio de línea:

a) los contratos de fletamento, y

b) los contratos para la utilización de un buque o de algún espacio en el interior de un buque, sean o no contratos de fletamento.

2. a) Sin menoscabo alguno de lo dispuesto en el apartado b), el presente Convenio no será aplicable a los contratos de transporte por servicio no regular.

b) El presente Convenio será aplicable a los contratos de transporte por servicio no regular siempre que:

i) no exista entre las partes un contrato de fletamento o un contrato para la utilización de un buque o de algún espacio en el interior de un buque, sea éste o no un contrato de fletamento, y

ii) haya constancia del contrato de transporte en un título de transporte o un documento electrónico de transporte que deje además constancia de la recepción de las mercancías por el porteador o por una parte ejecutante.

Antecedentes

24. El proyecto de artículo 9 que figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.56 tiene una formulación problemática. Primero figura una exclusión en el párrafo 1 y luego, sin embargo, aparecen una inclusión en el párrafo 2 y una inclusión "condicional" en el párrafo 3. En el párrafo 2 se incluye el "transporte a la demanda" para indicar que ese transporte está comprendido en el ámbito de aplicación del proyecto de convenio, aun cuando no se trate de un transporte por servicio de línea, como ocurre cuando se aplican las Reglas de La Haya y de La Haya-Visby. Los contratos por volumen de carga se especifican en el párrafo 3. Estos contratos son contratos marco en los que se ha previsto una serie de remesas. Cada remesa se organizará por separado, ya sea por servicio de línea o transportes similares, o en algún transporte sin línea fija. El objeto del párrafo 3 del proyecto de artículo 9 que figura en A/CN.9/WG.III/WP.56 es que el proyecto de convenio se

aplique a los contratos marco por volumen de carga en función de lo que sea aplicable en el caso de cada remesa.

25. El punto de partida para entender el artículo 9 que se propone se encuentra, como en el caso anterior, en el artículo 8, en el que se indica que el proyecto de convenio es aplicable a los contratos de transporte, según se definen en el apartado a) del artículo 1.

26. El texto que ahora se propone destaca en el transporte por servicio de línea y el transporte por servicio no regular, a fin de dejar más en claro qué es lo que está excluido del ámbito de aplicación. La definición del transporte por servicio no regular (que incluía la definición del transporte por servicio de línea) ya fue examinada por el Grupo de Trabajo, y parece haber buenas probabilidades de utilizar el criterio comercial. La nueva formulación del artículo 9 crea la necesidad de definir tanto el transporte por servicio de línea como el transporte por servicio no regular en el artículo 1.

Párrafo 1 del artículo 9 propuesto

27. El párrafo 1 excluye ciertas situaciones que se dan en el transporte por servicio de línea, como los contratos de fletamento utilizados en ese transporte. Este es un problema de redacción. El fondo no parece haber causado discrepancias en las anteriores deliberaciones del Grupo de Trabajo.

Párrafo 2 del artículo 9 propuesto

28. El párrafo 2 a) arriba propuesto excluye todos los contratos de transporte por servicio no regular. No se hace ninguna referencia particular a los contratos de fletamento, pero se considera natural que todos los contratos de fletamento del transporte por servicio no regular queden comprendidos en esa referencia del párrafo 2 a) propuesto.

29. Para no reducir el ámbito de aplicación en comparación con lo que se aplica según las Reglas de La Haya y de La Haya-Visby, es necesario incluir cierta parte del transporte por servicio no regular en el ámbito de aplicación del proyecto de convenio. Se trata del llamado transporte “a la demanda”, que el Grupo de Trabajo ya examinó anteriormente. Tampoco a este respecto parece haber discrepancias en el Grupo de Trabajo, salvo en lo que concierne a la redacción. La formulación utilizada en el proyecto de párrafo 2 b) *supra* tiene por objeto dejar más en claro cuándo se aplica el proyecto de convención, en comparación con el texto del párrafo 2 del proyecto de artículo 9 que figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.56, sin ninguna intención de modificar el fondo. Respecto de esta propuesta, cabe hacer dos observaciones. En primer lugar, no debe haber un contrato de fletamento u otro contrato análogo entre las partes, como se especifica en el proyecto de párrafo 2 b) i) *supra*. En segundo lugar, en el proyecto de párrafo 2 b) ii) *supra* se estipula que debe existir un título de transporte o un documento electrónico de transporte en el que consten tanto el contrato de transporte como la recepción de las mercancías por el porteador o por una parte ejecutante. Así pues, en el párrafo 2 b) ii) contiene dos requisitos.

30. El párrafo 2 propuesto se examina también bajo el siguiente epígrafe, relativo a los contratos por volumen de carga.

Contratos por volumen de carga

31. En el texto propuesto no se repite el párrafo 3 del proyecto de artículo 9 del documento A/CN.9/WG.III/WP.56. Puesto que los contratos (marco) por volumen de carga son por definición contratos de transporte, como se especifica en el proyecto de artículo 1 b) del artículo 9 *supra*, la aplicación del proyecto de convenio a dichos contratos puede decidirse sobre la base de la nueva formulación propuesta para el artículo 9 como tal. Si se estudia el texto arriba propuesto, se puede ver que entre los contratos de transporte por servicio de línea excluidos en el párrafo 1 no figuran los contratos por volumen de carga. Así pues, estos contratos son contratos de transporte y, si son contratos de transporte por servicio de línea, están cubiertos por el proyecto de convenio. Por otra parte, según el párrafo 2 a) del artículo 9 que se propone, los contratos de transporte por servicio no regular quedan excluidos del ámbito de aplicación del proyecto de convenio. Los contratos por volumen de carga que se utilicen para los fines del transporte por servicio no regular quedarían, pues, excluidos.

32. Los contratos para la utilización de un buque o de algún espacio en el interior de un buque mencionados en el párrafo 1 b) del artículo 9 propuesto no abarcan los contratos por volumen de carga del transporte por servicio de línea, y no debería haber ningún riesgo de que el nuevo texto propuesto genere malentendidos.

33. El hecho de que el proyecto de convenio sea aplicable a los contratos por volumen de carga arriba especificados y a las remesas comprendidas en esos contratos no significa que las disposiciones del proyecto de convenio sean automáticamente de aplicación imperativa. El carácter imperativo o no imperativo del proyecto de convenio se decidirá de conformidad con los artículos 94, 95 y 96, como se propone a continuación.

34. La cuestión de los contratos por volumen de carga mixtos (por servicio de línea o "a la demanda" y por servicio no regular para las distintas remesas del contrato) no se ha considerado comercialmente un punto de partida esencial. Si se planteara esta situación, existiría la posibilidad de entender el nuevo texto propuesto en el sentido de que el proyecto de convenio es aplicable a un contrato por volumen de carga mixto cuando una remesa se efectúa mediante transporte por servicio de línea (o "a la demanda"), y en cambio no es aplicable a esos contratos cuando la remesa se efectúa mediante un transporte por servicio no regular que no sea "transporte a la demanda".

35. Es posible que se planteen también otras cuestiones de interpretación.

36. *Artículo 10. Aplicación a ciertas partes en la operación*

No obstante lo dispuesto en el artículo 9, si existe un contrato de fletamento u otro contrato de transporte que esté excluido de la aplicación del presente Convenio con arreglo al artículo 9, se aplicará lo dispuesto en los siguientes párrafos:

a) El presente Convenio será aplicable a la relación entre el porteador y el consignador, el consignatario, la parte controladora, el tenedor, o [la persona a la que se hace referencia en el artículo 34] que no sea

[Variante A: una de las partes originarias en el contrato de transporte excluido] [Variante B: un cargador del contrato de transporte excluido],

b) El presente Convenio no será aplicable a la relación entre [Variante A: las partes originarias] [Variante B: el porteador y el cargador] en el contrato de transporte excluido.

37. El proyecto de artículo 10 que figura en A/CN.9/WG.III/WP.56 se ha considerado poco claro. El objetivo de ese proyecto de artículo es asegurar la protección imperativa de ciertos terceros, cuando sin embargo el contrato, por ejemplo un contrato de fletamento del transporte por servicio no regular, entre el porteador y el cargador no está amparado por el proyecto de convenio. El criterio básico es el mismo que se aplica en las Reglas de La Haya y de La Haya-Visby, pero en el proyecto de convenio no es posible vincular la protección de un tercero a un conocimiento de embarque u otro título análogo.

38. Como se mencionó bajo el encabezamiento "1. Deliberaciones anteriores", el Grupo de Trabajo ha estudiado la protección de los terceros no solo en lo que respecta a la formulación adecuada, sino también sobre la base de dos opciones principales. Una se fundamenta en una combinación de la protección con la posesión de un título de transporte o un documento electrónico de transporte, como se indica en el proyecto de artículo 10 del documento A/CN.9/WG.III/WP.56. La otra se basa en la idea de especificar directamente el tercero que ha de ser protegido, sin necesidad de exigir un título de transporte o un documento electrónico de transporte.

39. Al elaborar esta nueva propuesta, se hizo lo posible por formular de manera más clara el proyecto de artículo 10 tal como figuraba en el documento A/CN.9/WG.III/WP.56. Ese esfuerzo no dio los resultados deseados. Puesto que las conclusiones a las que ha llegado hasta el momento el Grupo de Trabajo ofrecen la posibilidad de volver a la especificación de los terceros en caso de que el criterio basado en un título o un documento electrónico de transporte no sea satisfactorio (cita del encabezamiento 1. "Deliberaciones anteriores": "... se estableció el requisito del nexo documental pero se decidió que se haría lo posible por conciliar este criterio con el de la especificación de los terceros. Si ello no se lograba, se mantendrían por el momento ambas opciones, para seguir estudiándolas"), esta nueva propuesta se basa en la otra opción, que consiste en especificar a los terceros que se han de proteger. Se ha considerado que esta es una opción mejor para seguir adelante que la que figura actualmente en el proyecto de artículo 10 del documento A/CN.9/WG.III/WP.56.

40. Sin embargo, si el Grupo de Trabajo determina que debe hacerse referencia a un título de transporte o un documento electrónico de transporte, la única alternativa que existe en esta fase es la que figura en el proyecto de artículo 10 de A/CN.9/WG.III/WP.56. Esa, sin embargo, no es la opción prioritaria en esta nueva propuesta.

41. En el proyecto de artículo 10 a) *supra* se han especificado los terceros que se han de proteger. Esas especificaciones se presentaron al Grupo de Trabajo cuando se examinaron las dos opciones principales antes mencionadas. Sin embargo, hay corchetes en el texto relativo a la persona a la que se hace referencia en el proyecto de artículo 34. Esta persona es el cargador que figura en la documentación.

Su posición puede ser comparable a la del cargador, más que a la del tercero que se ha de proteger. La posición del cargador en virtud de la documentación puede, sin embargo, no ser la misma que la de un cargador, y tal vez sea necesario mantener ese texto entre corchetes, en espera de un examen más a fondo.

42. En el proyecto de artículo 10 b) *supra* se declara, en aras de la claridad, que el proyecto de convenio no es aplicable a la relación entre las partes originarias en el contrato de transporte excluido. Las partes originarias en ese contrato son, en términos generales, el "cargador" y el "porteador", o, en el caso de un fletamento, el "fletador" y el "propietario", este último posiblemente especificado. Se proponen dos variantes, una variante A referente a las partes originarias, y una variante B, referente al porteador y el cargador. En vista de la explicación terminológica que se acaba de dar, podría ser preferible optar por la variante A.

43. Las dos variantes, A y B, del artículo 10 b) que se propone pueden ser poco claras en una determinada situación: se ha concertado un contrato de fletamento entre *X* (porteador) e *Y*. *X* ha expedido a *Y* un conocimiento de embarque. *Y* traspasa el conocimiento de embarque a *Z* y posteriormente lo vuelve a adquirir de él. En algunas jurisdicciones, puede no estar claro si *Y* es o no un tercero. La cuestión es si el proyecto de convenio debe ofrecer soluciones a todos los problemas jurídicos. Tal vez esta situación particular pueda dejarse abierta a la interpretación. El Grupo de Trabajo quizás desee de todos modos examinar el asunto más a fondo. Las dos variantes arriba propuestas pueden tener al menos algunos efectos a este respecto, aun cuando no resuelvan explícitamente la cuestión.

44. *Artículo 20. Responsabilidad de una parte ejecutante marítima*

...

5. El presente artículo no será aplicable a menos que el lugar en que la parte ejecutante marítima reciba inicialmente las mercancías o el lugar en que efectúe su entrega final se encuentre en un Estado Contratante.

45. En el artículo 8 arriba propuesto, se formulan requisitos de índole geográfica para la aplicación del proyecto de convenio. El artículo 8 funciona en relación con el porteador, pero la aplicación del proyecto de convenio a una parte ejecutante marítima no puede basarse en exactamente los mismos criterios debido a que, en virtud del artículo 8, la parte ejecutante marítima puede operar totalmente fuera de los Estados Contratantes. Se ha considerado que, para que el proyecto de convenio se aplique a las partes ejecutantes marítimas, debería existir también un factor de conexión geográfica particular con un Estado Contratante. Esta es una propuesta nueva, y se ha estimado que el párrafo 5 del artículo 20 sería el lugar adecuado para insertar esa disposición.

46. *Artículo 94. Disposiciones generales*

1. Salvo que el presente Convenio disponga otra cosa, toda estipulación en un contrato de transporte será nula, si:

a) excluye o limita directa o indirectamente alguna de las obligaciones del porteador o de una parte ejecutante marítima con arreglo al presente Convenio;

b) excluye o limita directa o indirectamente la responsabilidad del porteador o de una parte ejecutante marítima por el incumplimiento de alguna de sus obligaciones con arreglo al presente Convenio; o

c) hace cesión, al porteador o a alguna persona a la que se haga referencia en el artículo 19, de algún beneficio del seguro tomado por las mercancías.

[2. Salvo que el presente Convenio disponga otra cosa, toda estipulación en un contrato de transporte será nula si:

a) excluye, limita [o aumenta] directa o indirectamente las obligaciones con arreglo al presente Convenio del cargador, del consignador, del consignatario, de la parte controladora, del tenedor, o de alguna persona a la que se haga referencia en el artículo 34; o

b) excluye, limita [o aumenta] directa o indirectamente la responsabilidad del cargador, del consignador, del consignatario, de la parte controladora, del tenedor o de alguna persona a la que se haga referencia en el artículo 34, por el incumplimiento de alguna de sus obligaciones con arreglo al presente Convenio.]

Párrafo 1 del artículo 94 propuesto

47. En la parte introductoria del párrafo 1, la palabra "provision" en la versión inglesa se ha sustituido por "stipulation", ya que se refiere a un contrato. En el párrafo 1, la palabra "si" se ha colocado en la parte introductoria a fin de evitar repetirla en los apartados a), b) y c). La referencia en la parte introductoria a una estipulación nula se ha aclarado en el sentido de que la estipulación será nula si está en conflicto con las disposiciones de aplicación imperativa del proyecto de convenio.

Párrafo 2 del artículo 94 propuesto

48. El carácter imperativo del proyecto de convenio en lo que respecta a las obligaciones y la responsabilidad del cargador aún está por decidir. Otra opción podría ser, por ejemplo, incluir en cada disposición una referencia a su carácter imperativo o no imperativo. Por ahora se han mantenido los corchetes. Puesto que la posición del cargador se ve afectada también por otras disposiciones, además de las que figuran en el capítulo 8, las palabras "al capítulo 8" se han sustituido por "al presente Convenio" en los proyectos de apartado a) y b) del párrafo 2 *supra*. Sin embargo, es posible que todavía deba aclararse el lugar en que ha de figurar esa referencia.

49. *Artículo 95. Régimen especial de los contratos por volumen de carga*

1. No obstante lo dispuesto en el artículo 94, un contrato por volumen de carga al que se aplique el presente Convenio podrá estipular deberes, derechos, obligaciones o responsabilidades que sean superiores o inferiores a lo prescrito en el régimen del Convenio, siempre y cuando el contrato por volumen de carga indique de forma explícita que en alguna de sus cláusulas se estipula una excepción al régimen del presente Convenio, y

a) haya sido personalmente negociado; o

b) indique de manera explícita toda sección del mismo en donde se estipule alguna excepción al régimen del presente Convenio.

2. Toda excepción al régimen del Convenio negociada con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 1 deberá ser consignada en el contrato por volumen de carga y no podrá ser incorporada a su texto por remisión a algún otro documento.

3. Ninguna lista pública de precios y servicios del porteador, así como ningún título de transporte, documento electrónico de transporte u otro documento similar, constituye un contrato por volumen de carga a efectos del párrafo 1, pero todo contrato por volumen de carga podrá incorporar por remisión dichos documentos al texto del contrato.

4. El párrafo 1 no será aplicable a [los derechos y] las obligaciones prescritas en los apartados a) y b) del párrafo 1 del artículo 16, [y en los artículos 30 y 33], ni a la responsabilidad dimanante del incumplimiento de alguna de esas obligaciones, así como tampoco al artículo [66] [sobre la pérdida del derecho a limitar la responsabilidad].

5. a) El párrafo 1 será aplicable a la relación entre el porteador y el cargador;

b) El párrafo 1 será aplicable a la relación entre el porteador y toda otra parte interesada que haya explícitamente consentido en quedar obligada por toda cláusula del contrato por volumen de carga que constituya una excepción al régimen del presente Convenio. Al prestarse dicho consentimiento explícito deberá dejarse constancia de que la parte que lo haya dado fue informada en términos claros de que el contrato por volumen de carga hacía alguna excepción al régimen del presente Convenio, y ese consentimiento no deberá ser otorgado en una lista pública de precios y servicios del porteador, ni en un título de transporte o un documento electrónico de transporte.

c) La carga de probar que se cumplen todos los requisitos para estipular alguna excepción al régimen del Convenio recaerá en la parte que solicite el beneficio de la excepción.

Antecedentes

50. Debido al nuevo enfoque de los contratos por volumen de carga adoptado en el artículo 9 *supra*, se requieren cambios de redacción en el artículo 95, pero esos cambios no reflejan ninguna modificación de fondo, con excepción de lo que se indica más adelante. Se proponen dos cambios principales de redacción. Primero, se ha conseguido simplificar la formulación del párrafo 1. Segundo, ha sido posible suprimir el párrafo 4 del proyecto de artículo 95 tal como figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.56. Por consiguiente, el nuevo texto propuesto tiene una numeración de los párrafos distinta a partir del párrafo 4.

51. Hay un cambio de fondo en el párrafo 4 propuesto, pero ese cambio debe aún examinarse más detenidamente. También hay un cambio de fondo en el apartado c) del párrafo 5 propuesto. Estos dos cambios se explican más adelante.

Párrafo 1 del artículo 95 propuesto

52. La frase entre corchetes del documento A/CN.9/WG.III/WP.56, "[esté consignado por escrito o por algún medio electrónico]", se ha suprimido en el párrafo 1 propuesto, debido a que ese requisito ya figura en los artículos 3 y 5.

53. Se propone suprimir la palabra "deberes" que aparece en el documento A/CN.9/WG.III/WP.56, ya que se considera sinónima de "obligaciones", que también figura en el texto.

54. Puede ser necesario ajustar la redacción a fin de armonizar el texto del párrafo 1 propuesto con el del párrafo 2 del artículo 76 sobre la vía judicial que figura en el informe (A/CN.9/591) del 16º período de sesiones (Viena, 2005), en el párrafo 73.

Párrafo 2 del artículo 95 propuesto

55. La palabra "contrato" se ha sustituido por "contrato por volumen de carga".

Párrafo 3 del artículo 95 propuesto

56. Ha habido cierto debate acerca de si el párrafo 3 del proyecto de artículo 95 que figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.56 es necesario. Algunas fuentes sostienen que no añade nada a la regulación de los contratos por volumen de carga en el artículo 95. Por otra parte, hay fuentes que desean firmemente mantener el párrafo 3 tal como está en el documento A/CN.9/WG.III/WP.56. El motivo de ello es que se considera muy importante garantizar que se comuniquen a los cargadores todos los casos en que se hagan excepciones al régimen del Convenio, y que esas excepciones no queden ocultas. En particular, desde el punto de vista del derecho estadounidense, se ha sostenido que este derecho permite las denominadas tarifas por tiempo/volumen de carga en la lista pública de precios y servicios de un porteador, tarifas que pueden interpretarse como contratos por volumen de carga con arreglo a la definición general de dichos contratos que el Grupo de Trabajo ha elaborado. Todas las referencias del párrafo 3 son necesarias.

57. En vista de que las fuentes que consideran innecesario el párrafo 3 basan su opinión en que la disposición no añade nada, mientras que aquellas que desean mantenerlo han aducido argumentos de fondo, se ha considerado adecuado proponer que el párrafo 3 se mantenga tal como figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.56. Lo mismo se aplica a la frase entre corchetes del párrafo 3. Se propone que se eliminen los corchetes y se mantenga el texto. El hecho de mantener el párrafo 3 propuesto no parece crear ningún efecto negativo, y el párrafo sin duda aclara la situación en algunas jurisdicciones.

Párrafo 4 (antiguo párrafo 5) del artículo 95 propuesto

58. Este párrafo contiene la disposición de imperatividad máxima según la cual no es posible hacer excepciones en ninguna circunstancia. Se propone combinar técnicamente los apartados a) y b) del párrafo 5 del proyecto de artículo 95 del documento A/CN.9/WG.III/WP.56, dejando las palabras "los derechos y" entre corchetes. La referencia a los derechos podría ser innecesaria, ya que hay un frase aparte para el artículo 66.

59. En comparación con el párrafo 5 del proyecto de artículo 95 del documento A/CN.9/WG.III/WP.56, se propone reducir los artículos 30 y 33 las disposiciones de imperatividad máxima referentes al cargador, pero estas disposiciones están entre corchetes en espera de un debate más a fondo. Los artículos están relacionados en cierta medida con la responsabilidad estricta o absoluta del cargador. La solución definitiva dependerá en parte de las decisiones que adopte el Grupo de Trabajo respecto del capítulo 8. La referencia al artículo 66 también se ha colocado entre corchetes en espera de un nuevo examen.

Párrafo 5 (antiguo párrafo 6) del artículo 95 propuesto

60. La redacción de este párrafo se ha mejorado, pero sin modificar el fondo, salvo en el apartado c) (que constituía la última oración del párrafo 6 b) en el proyecto de artículo 95 del documento A/CN.9/WG.III/WP.56). Se propone suprimir el texto que figura en los primeros corchetes del párrafo 6 b) del proyecto de artículo 95 de A/CN.9/WG.III/WP.56, que es ahora el párrafo 5 b) propuesto, por los motivos que se explican en el párrafo 1 *supra*. Al mismo tiempo, en el caso de los segundos corchetes del párrafo 6 b) del proyecto de artículo 95 de A/CN.9/WG.III/WP.56, que es ahora el párrafo 5 b) propuesto, debería mantenerse el texto, sin corchetes, para garantizar que un tercero tenga una posibilidad adecuada de comprender las excepciones y de dar el debido consentimiento. La palabra "avisada" ha sido sustituida por "informada".

61. El párrafo 5 c) propuesto es nuevo. La última oración del párrafo 6 b) del proyecto de artículo 95 del documento A/CN.9/WG.III/WP.56 debería referirse a la carga de la prueba no solo entre el porteador y cualquier otra parte distinta del cargador, sino también entre el porteador y el cargador. La nueva propuesta rectifica este punto. Se propone también que se supriman los corchetes que figuran en el párrafo 6 b) a este respecto. Como es posible que las excepciones se hagan en los dos sentidos (en beneficio del porteador o del cargador), no es correcto imponer la carga de la prueba solo al porteador, sino que esta debe recaer en la parte que solicite el beneficio de la excepción. Ello se refleja en el párrafo 5 arriba propuesto.

62. *Artículo 96. Régimen especial aplicable a los animales vivos y a algunas otras mercancías*

> *No obstante lo dispuesto [Variante A: en los capítulos 5 y 6 del presente Convenio y las obligaciones que incumben al porteador] [Variante B: en los artículos 94 y 95], cabrá excluir o limitar, conforme a lo estipulado en el contrato de transporte, las obligaciones o la responsabilidad tanto del porteador como de una parte ejecutante marítima, siempre que:*
>
> *a) las mercancías transportadas sean animales vivos, salvo que el demandante demuestre que la pérdida o el daño de las mercancías o la demora en su entrega sean resultado de algún acto u omisión del porteador o de alguna persona a la que se haga referencia en el artículo 19, o de una parte ejecutante marítima, que se haya realizado temerariamente y a sabiendas de que probablemente sobrevendrían la pérdida o el daño, o temerariamente y a sabiendas de que probablemente sobrevendría la pérdida ocasionada por la demora, o*

b) la índole o la condición de las mercancías transportadas o las circunstancias y las condiciones en que se haya de efectuar su transporte sean tales que sea razonable concertar un acuerdo especial al respecto, siempre y cuando toda remesa comercial habitual transportada en el giro normal de un negocio no se vea afectada por dicho acuerdo y siempre que no se emita ningún título de transporte negociable ni ningún documento electrónico de transporte negociable para el transporte de las mercancías.

63. En la parte introductoria del proyecto de artículo 96 que figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.56 hay una referencia que es conforme con la variante A arriba propuesta. Esta referencia es en parte poco clara y en parte innecesaria. Habida cuenta de la referencia que figura en el párrafo 1 del proyecto de artículo 95, la utilización de un lenguaje análogo daría lugar a la variante B propuesta para la parte introductoria del artículo 96. Esa segunda variante también incluye una referencia al artículo 95, ya que es comercialmente viable que se concierten contratos por volumen de carga en el comercio de animales vivos.

64. En la parte introductoria, se ha añadido una segunda vez la palabra "obligaciones", en comparación con el texto del proyecto de artículo 96 del documento A/CN.9/WG.III/WP.56.

65. En el artículo 96 a), la formulación se ha aclarado proponiendo que el "demandante deba" demostrar que el daño se ha causado a sabiendas o por un comportamiento temerario.

66. La frase que figura entre corchetes en el proyecto de artículo 96 a) de A/CN.9/WG.III/WP.56 debería mantenerse, suprimiendo los corchetes. La protección del porteador contra una atribución injusta de responsabilidad por los animales vivos es necesaria, pero se ha considerado justo que el hecho de haber causado la pérdida a sabiendas o por un comportamiento temerario se aplique no solo al propio porteador, sino también a cualquier persona a la que se haga referencia en el proyecto de artículo 19. En estos casos, la responsabilidad recaería en el porteador.

67. En el artículo 96 a) se propone además que en lugar de aludir a una demora causada a sabiendas o por un comportamiento temerario, como en el documento A/CN.9/WG.III/WP.56, se haga referencia a la pérdida ocasionada por una demora causada a sabiendas o por un comportamiento temerario. Se considera que esta propuesta está más en consonancia con las referencias a la pérdida o el daño de las mercancías, en comparación con el texto que figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.56.

O. Elaboración de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: títulos de transporte y documentos electrónicos de transporte: documento presentado a título de información por la delegación de los Estados Unidos de América al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 17º período de sesiones

(A/CN.9/WG.III/WP.62) [Original: inglés]

Nota de la Secretaría

En preparación del 17º período de sesiones del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte), el Gobierno de los Estados Unidos de América presentó a la Secretaría un documento que se adjunta como anexo a la presente nota y que hace referencia a los títulos de transporte y a los documentos electrónicos de transporte en el proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías. La delegación informó de que el texto tenía la finalidad de facilitar el examen del tema de los títulos de transporte y de los documentos de transporte electrónicos en el Grupo de Trabajo recopilando en un único documento las opiniones expresadas y las observaciones formuladas por diversas delegaciones a fin de que el Grupo de Trabajo pudiera examinarlas.

El documento que figura en el anexo adjunto se ha reproducido tal como fue recibido por la Secretaría.

Anexo

I. Introducción

1. Desde que se celebró el 16º período de sesiones del Grupo de Trabajo, delegados y observadores han tenido la oportunidad de participar en debates oficiosos sobre las principales cuestiones que plantea el capítulo 9 ("Títulos de transporte y documentos electrónicos de transporte") del proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías, que figura como anexo del documento A/CN.9/WG.III/WP.56 (del que en adelante se citarán simplemente los números de artículo). Varios delegados han intercambiado opiniones preliminares sobre estas cuestiones, tanto en respuesta a un cuestionario oficioso que se distribuyó entre todos los delegados y observadores como durante un seminario oficioso que organizó en Londres, los días 23 y 24 de enero de 2006, la delegación de Italia, al que tuvieron acceso delegados, observadores y otras personas. Para facilitar la labor del Grupo de Trabajo, en el presente documento se resumen esas opiniones preliminares.

II. Proyecto de artículo 37. Emisión de un título de transporte o de un documento electrónico de transporte

2. El proyecto de artículo 37 del proyecto de convenio dispone lo siguiente:

"Al hacer entrega de las mercancías al porteador o a una parte ejecutante:

a) El consignador tendrá derecho a obtener un título de transporte o, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 5 a)[1], un documento electrónico de transporte que deje constancia de que el porteador o una parte ejecutante ha recibido las mercancías; y

b) El cargador o, si el cargador previene de ello al porteador, la persona a la que se hace referencia en el artículo 34[2], tendrá derecho a obtener del porteador un título de transporte negociable o, con arreglo a lo dispuesto en el apartado a) del artículo 5, un documento electrónico de transporte negociable apropiado, salvo que el cargador y el porteador hayan convenido, explícita o implícitamente, en que no se utilice ni título de transporte ni documento electrónico de transporte negociable alguno, o salvo que utilizar dicho título o documento sea contrario a la costumbre, los usos o la práctica comercial del ramo."

---

[1] El proyecto de artículo 5 a) requiere el consentimiento de las partes antes de que puedan utilizarse documentos electrónicos de transporte.

[2] El proyecto de artículo 34 hace referencia a la parte que a veces se denomina "cargador documentario", es decir, una persona identificada como "cargador" en los datos del contrato pero que no cumple los requisitos del "cargador" de la definición del proyecto de artículo 1 h).

3. La disposición correspondiente del párrafo 3) del artículo 3 de las Reglas de La Haya y las Reglas de La Haya-Visby se limita, en la parte pertinente a disponer que:

> "Después de haber recibido y tomado como cargas las mercancías, el porteador y el capitán, o agente del porteador, deberán, a petición del cargador, entregar a éste un conocimiento ... ".

4. El párrafo 1 del artículo 14 de las Reglas de Hamburgo dispone, de modo similar, lo siguiente:

> "Cuando el porteador o el porteador efectivo se haga cargo de las mercancías, el porteador deberá emitir un conocimiento de embarque al cargador, si éste lo solicita."

5. La principal innovación del proyecto de artículo 37 radica en el reconocimiento de que el "consignador" (que en el párrafo i) del proyecto de artículo 1 se define como "toda persona que entregue las mercancías al porteador o a una parte ejecutante para su transporte") no es necesariamente el "cargador" (que en el párrafo h) del proyecto de artículo 1 se define como "toda persona que concierte un contrato de transporte con un porteador"). Por ejemplo, un vendedor FOB, por ejemplo, puede cumplir sus obligaciones en virtud del contrato de compraventa entregando las mercancías a un porteador que haya celebrado previamente un contrato de volumen con el comprador. El vendedor es el "consignador", pero el comprador (al haber concertado un contrato con el porteador) es el "cargador". En las Reglas de La Haya y las Reglas de La Haya-Visby, parece que, en este contexto, únicamente el cargador/comprador tendría derecho a un conocimiento de embarque[3], pero en la práctica tanto el consignador/vendedor como el cargador/comprador tienen un interés legítimo en recibir algún tipo de título de transporte. Es posible que el primero precise un recibo para justificar el pago en virtud del contrato de compraventa; el segundo tal vez necesite un título de transporte para controlar las mercancías.

6. Durante la labor preparatoria del Comité Marítimo Internacional (CMI) se debatió la controversia de si el cargador o el consignador deberían tener derecho a solicitar un título de transporte al porteador. Al final, este conflicto se resolvió reconociendo que ambas partes tenían necesidades distintas que podían ser atendidas por diferentes tipos de títulos de transporte. Por lo tanto, el texto propuesto permite al consignador obtener el tipo de título de transporte que necesita: un recibo que no es necesariamente la prueba del contrato de transporte ni necesariamente un documento de titularidad ni necesariamente un documento negociable. El texto propuesto permite al cargador, como contraparte contractual del porteador, obtener el tipo de título de transporte que le confiere el control sobre las mercancías (y de la ejecución del contrato de transporte), a reserva de un acuerdo en contrario en el contrato.

---

[3] Ni las Reglas de Hamburgo ni las Reglas de La Haya-Visby definen explícitamente el concepto de "cargador", pero en el proyecto de artículo 1 a) la definición del "porteador" reconoce implícitamente que el "cargador" es la parte que celebra un contrato de transporte con el porteador. El resultado según las Reglas de Hamburgo resulta incierto, dado que el párrafo 3 del artículo 1 combina los conceptos del proyecto de artículo 1 h) y del proyecto de artículo 1 i) del proyecto de convenio.

7. Durante el período de sesiones de primavera de 2003 del Grupo de Trabajo, se consideró generalmente aceptable el contenido de esa disposición (véase A/CN.9/526, párr. 25).

8. Durante las deliberaciones oficiosas mantenidas desde que el Grupo de Trabajo celebró su último período de sesiones, aproximadamente los dos tercios de los delegados que se pronunciaron sobre esta cuestión apoyaron sustancialmente el proyecto de artículo 37 en su redacción actual. Algunos expresaron el parecer de que cuando el consignador/vendedor entrega las mercancías a un porteador que haya concertado un contrato con el cargador/comprador, el consignador/vendedor entrega las mercancías a una persona que actúa en nombre del cargador/comprador, y pierde así el control de las mercancías, que pasa al cargador/comprador. En consecuencia, el consignador/vendedor tiene únicamente derecho a un recibo que demuestre que se ha realizado la entrega; no tiene derecho a un título de transporte que le confiera también el control de las mercancías.

9. Los delegados que participaron en las consultas oficiosas y que se opusieron al artículo 37 objetaron que, en la práctica comercial, el consignador/vendedor conserva el control de las mercancías mediante un título de transporte adecuado hasta que se le paga el precio de compra de las mercancías (a menudo mediante un crédito documentario) cuando entrega el título de transporte. Aquellos delegados eran partidarios de enmendar el proyecto de artículo 37 para dar únicamente al consignador el derecho a solicitar un título de transporte.

10. Un delegado sugirió que, a fin de superar esas dificultades, se permitiera al porteador exigir la entrega del título de transporte o del documento electrónico de transporte emitido en beneficio del consignador en virtud del párrafo a) del proyecto de artículo 37 como requisito para emitir un título de transporte o un documento electrónico de transporte apropiados en beneficio del cargador, en virtud del párrafo b) del proyecto de artículo 37. Esta propuesta parecería ajustarse a la práctica que se sigue actualmente en varios ordenamientos, en que el porteador exige la entrega de un resguardo de muelle o de un recibo del piloto antes de emitir un conocimiento de embarque negociable. No obstante, algunos delegados objetaron que con ello se incrementaría indebidamente la importancia del resguardo emitido en virtud del párrafo a) del proyecto de artículo 37. Si un título de transporte negociable se considera, en sentido figurado, la "llave del almacén", ¿se convertiría entonces el resguardo no negociable en la "llave de la llave del almacén"?

11. Algunos delegados que participaron en las consultas oficiosas sugirieron mejoras en la redacción del texto. 1) Un delegado sugirió que se enmendara el encabezamiento del artículo y que dijera "Al hacer entrega de las mercancías al porteador o a una parte ejecutante o *después* de haberlo hecho", a fin de reconocer la situación común en que el consignador entrega las mercancías al porteador pero no desea recibir un título de transporte hasta que las mercancías se hayan cargado en el buque. 2) Otro delegado puso en tela de juicio la necesidad de las palabras "explícita o implícitamente", que figuraban en el párrafo b). 3) Por último, un delegado sostuvo que tal vez sería apropiado especificar que el cargador tiene derecho, en cualquier caso, a obtener al menos un título de transporte o un documento electrónico de transporte no negociable, aun cuando el cargador y el porteador hayan convenido en no utilizar títulos de transporte negociables ni documentos electrónicos de transporte negociables. Durante el seminario de

Londres, organizado por la delegación de Italia, las delegaciones en general consideraron que este cambio sería conveniente.

III. Proyecto de artículo 38. Datos del contrato

12. El proyecto de artículo 38 dispone lo siguiente:

"1. Los datos del contrato consignados en el título de transporte o en el documento electrónico de transporte al que se hace referencia en el artículo 37 deberán incluir:

a) Una descripción de las mercancías;

b) Las marcas principales requeridas para identificar las mercancías, conforme sean entregadas por el cargador, previo a la recepción de las mercancías por el porteador o por una parte ejecutante;

c) i) El número de bultos o de unidades, o la cantidad, conforme a lo que sea entregado por el cargador, previo a la recepción de las mercancías por el porteador o por una parte ejecutante, y

ii) El peso, conforme a lo que sea entregado por el cargador, previo a la recepción de las mercancías por el porteador o por una parte ejecutante;

d) Una declaración acerca del buen estado y de las buenas condiciones aparentes de las mercancías en el momento en que el porteador o una parte ejecutante las reciba para transportarlas;

e) El nombre y la dirección del porteador; y

f) la fecha

i) en la que el porteador o una parte ejecutante recibieron las mercancías, o

ii) en la que las mercancías fueron cargadas a bordo del buque, o

iii) en la que se haya emitido el título de transporte o el documento electrónico de transporte.

2. La indicación en el párrafo 1 concerniente "al buen estado y las buenas condiciones aparentes" de las mercancías, se entenderá referida al estado y las condiciones de las mercancías conforme se haya comprobado a raíz de:

a) Una inspección externa razonable de las mercancías según estén embaladas en el momento en que el cargador las entregue al porteador o a una parte ejecutante, y

b) Cualquier inspección adicional que el porteador o una parte ejecutante realice de hecho antes de emitir el título de transporte o el documento electrónico de transporte".

13. La disposición correspondiente de los apartados a) a c) del párrafo 3 del artículo 3 de las Reglas de La Haya y las Reglas de La Haya-Visby es similar a lo que se dispone en los apartados a) a d) del párrafo 1 del proyecto de artículo 38. El párrafo 1 del artículo 15 de las Reglas de Hamburgo contiene una lista mucho más larga de condiciones obligatorias que deben incluirse en el título de transporte[4].

14. Los requisitos obligatorios enunciados en el párrafo 1 del artículo 38 no han sido objeto de controversias sustanciales. En efecto, durante las deliberaciones oficiosas mantenidas desde que se celebró el último período de sesiones del Grupo de Trabajo, todos los delegados que se pronunciaron sobre la cuestión apoyaron en lo sustancial el proyecto de artículo 38 tal como estaba redactado, aunque algunas delegaciones se declararon partidarias de ampliar la lista ligeramente. Entre los requisitos que diversos delegados sugirieron que figuraran en el proyecto del párrafo se mencionaron:

- el nombre y la dirección del cargador o del consignador (compárese con el artículo 15.1 d) de las Reglas de Hamburgo);
- el nombre y la dirección del consignatario (aunque tal vez solo si esa información es facilitada por el cargador o el consignador) (compárese con el artículo 15.1 e) de las Reglas de Hamburgo);
- los lugares de recepción y descarga y los puertos de carga y descarga (compárese con el artículo 15.1 f) y g) de las Reglas de Hamburgo);

---

[4] El párrafo 1 del artículo 15 de las Reglas de Hamburgo dispone lo siguiente:

"1. En el conocimiento de embarque deberán constar, entre otros, los datos siguientes:

a) La naturaleza general de las mercancías, las marcas principales necesarias para su identificación, una declaración expresa, si procede, sobre su carácter peligroso, el número de bultos o de piezas y el peso de las mercancías o su cantidad expresada de otro modo, datos que se harán constar tal como los haya proporcionado el cargador;

b) El estado aparente de las mercancías;

c) El nombre y el establecimiento principal del porteador;

d) El nombre del cargador;

e) El nombre del consignatario, si ha sido comunicado por el cargador;

f) El puerto de carga según el contrato de transporte marítimo y la fecha en que el porteador se ha hecho cargo de las mercancías en ese puerto;

g) El puerto de descarga según el contrato de transporte marítimo;

h) El número de originales del conocimiento de embarque, si hubiera más de uno;

i) El lugar de emisión del conocimiento de embarque;

j) La firma del porteador o de la persona que actúe en su nombre;

k) El flete, en la medida en que deba ser pagado por el consignatario, o cualquier otra indicación de que el flete ha de ser pagado por el consignatario;

l) La declaración mencionada en el párrafo 3 del artículo 23;

m) La declaración, si procede, de que las mercancías se transportarán o podrán transportarse sobre cubierta;

n) La fecha o el plazo de entrega de las mercancías en el puerto de descarga, si en ello han convenido expresamente las partes; y

o) Todo límite o límites superiores de responsabilidad que se hayan pactado de conformidad con el párrafo 4 del artículo 6."

- el número de originales del título de transporte (compárese con el artículo 15.1 h) de las Reglas de Hamburgo);
- una declaración, si procede, de que las mercancías se transportarán o podrán ser transportadas sobre cubierta (compárese con el artículo 15.1 m) de las Reglas de Hamburgo y con el artículo 26.3 del proyecto de convenio); y
- una indicación, en su caso, de la peligrosidad de las mercancías (que podría incluirse en el apartado a) del párrafo 1, relativo a la descripción de las mercancías).

Las delegaciones suscribieron más el parecer de que no debería ampliarse la lista del párrafo 1 del proyecto de artículo 38, estimando que esa lista debería contener únicamente los requisitos que fueran absolutamente necesarios.

15. En debates anteriores, el Grupo de Trabajo había abordado algunas cuestiones de redacción. Por ejemplo, durante el período de sesiones de primavera de 2003, se vio con inquietud que las palabras "conforme sean entregadas por el cargador, previo a la recepción de las mercancías por el porteador o por una parte ejecutante" tal vez podían interpretarse en el sentido de que imponían una carga onerosa al cargador (véase A/CN.9/526, párr. 28). La finalidad no era imponer una carga al cargador sino aclarar que la obligación del porteador de emitir los documentos requeridos que contuvieran la información especificada se supeditaba a que el cargador proporcionara la información especificada. Tal vez sería más adecuada la frase "si eran proporcionadas por el cargador". No obstante, se observó también que la expresión "conforme sean entregadas" es apropiada porque pone de relieve que en los datos del contrato debe figurar la información de la misma forma en que la facilitó el cargador.

16. Durante los debates oficiosos celebrados desde el último período de sesiones del Grupo de Trabajo, se formularon varias sugerencias de redacción con respecto a esos tres párrafos. Varios delegados sugirieron que el apartado a) del proyecto de párrafo 1, referente a la descripción de las mercancías, debería detallarse del mismo modo que los apartados b) y c), agregándoles también la frase "conforme sean entregadas por el cargador, previo a la recepción de las mercancías por el porteador o por una parte ejecutante" (o por cualquier otra opción que se aceptara). Esta sugerencia recibió un amplio apoyo en el seminario oficioso de Londres. Un delegado sugirió que se unificaran los tres apartados encabezándolos con la frase convenida, a fin de reducir al mínimo las repeticiones. Otro delegado sostuvo que la expresión "conforme sean entregadas" era apropiada para el apartado b) y para el inciso i) del apartado c), pero que, para el inciso ii) del apartado c), sería mejor decir "si son entregadas". (Esta sugerencia se basaba en la asunción de que el consignador debería conocer siempre las marcas principales y el número de bultos, pero que podía desconocer el peso.) Un delegado sugirió que en la expresión convenida se mencionara al "consignador" (reconociendo así que si el "consignador" y el "cargador" no eran la misma persona, era más probable que fuera el "consignador", y no el "cargador", quien proporcionara la información requerida). Por último se observó que la cuestión temporal era muy engorrosa, por lo que deberían suprimirse de la frase las palabras "previo a la recepción de las mercancías por el porteador o por una parte ejecutante".

17. Los proyectos de párrafo restantes suscitaron menos propuestas de redacción. Un delegado se preguntó si en el apartado d) del párrafo 1 se hacía referencia a las mercancías colocadas en un contenedor, y sugirió que se modificara la disposición para aclarar que el porteador solo necesitaba dar fe del buen estado y de las buenas condiciones aparentes del contenedor en el momento en que el porteador o una parte ejecutante lo recibiera para su transporte (en caso de que ello no se desprendiera con suficiente claridad del proyecto de párrafo 2). Un delegado sugirió que en el proyecto de apartado f) se requiriera al porteador que indicara la importancia de la fecha del título de transporte (por ejemplo, si se trataba de la fecha de recepción conforme al inciso i), de la fecha de carga del inciso ii), o de la fecha de emisión conforme al inciso iii)).

18. Ninguno de los delegados que expresaron su opinión en las consultas oficiosas se declaró partidario de sanciones expresas para los porteadores que no proporcionaran la información obligatoria; sin embargo, se expresó el parecer de que no debería permitirse que un porteador se beneficiara del incumplimiento de la obligación que le impone este artículo (por ejemplo, obteniendo una limitación inferior para una carga). Un delegado sugirió que el hecho de que un porteador no facilitara la información requerida debería crear la presunción de que la información exacta del porteador redundaría en beneficio de la parte que lo demandara (compárese esta cuestión con el texto del proyecto de artículo 40.4). Según otro delegado, el incumplimiento de la obligación impuesta al porteador en el presente artículo constituiría un incumplimiento de contrato, con lo cual podría presentarse una demanda por daños contractuales que podrían demostrarse.

IV. Proyecto de artículo 39. Firma

19. El proyecto de artículo 39 dispone lo siguiente:

> "1. Todo título de transporte deberá estar firmado por el porteador o por una persona que actúe con poder del porteador.
>
> 2. Todo documento electrónico de transporte deberá llevar la firma electrónica del porteador o de una persona que actúe con poder del porteador. Dicha firma electrónica deberá identificar al signatario en su relación con el documento electrónico de transporte y deberá indicar que el porteador autoriza el documento electrónico de transporte".

20. En el período de sesiones del Grupo de Trabajo celebrado en primavera de 2003, el contenido de esta disposición se consideró generalmente aceptable (véase A/CN.9/526, párr. 32). Desde entonces, la disposición ha sido revisada para ajustarla a las conclusiones del Grupo de Trabajo en función de la recomendaciones del Grupo de Expertos que examinó las cuestiones de comercio electrónico. Otra sugerencia que se formuló fue que el Grupo de Trabajo tal vez deseara definir el concepto de "firma" del mismo modo que, por ejemplo, en el artículo 14.3 de las Reglas de Hamburgo, que dice:

> "La firma en el conocimiento de embarque podrá ser manuscrita, impresa en facsímil, perforada, estampada, en símbolos o registrada por cualquier otro

medio mecánico o electrónico, si ello no es incompatible con las leyes del país en que se emita el conocimiento de embarque".

21. Durante las deliberaciones oficiosas mantenidas desde que el Grupo de Trabajo celebró su último período de sesiones, todos los delegados que abordaron la cuestión dieron apoyo sustancialmente al proyecto de artículo 39 tal como está redactado.

22. La única cuestión controvertida era la de si era necesaria una definición del concepto de "firma". Algunos delegados se declararon partidarios de que se incluyera en el texto del proyecto una definición del tenor del artículo 14.3 de las Reglas de Hamburgo o del artículo 5 k) de la Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales[5]. Una clara mayoría de las delegaciones que participaron en las deliberaciones oficiosas declaró que no hacía falta definir la firma.

23. Ninguno de los delegados participantes en las deliberaciones oficiosas se declaró partidario de que el texto previera sanciones expresas contra los porteadores que no firmaran los títulos de transporte.

24. Un delegado formuló una sugerencia de redacción y propuso que, en el párrafo 1), se sustituyeran las palabras "por el porteador o por una persona que actúe con poder del porteador" por las palabras "por el porteador o en su nombre" y, en el párrafo 2, que se sustituyeran las palabras "del porteador o de una persona que actúe con poder del porteador" por las palabras "del porteador o de una persona que actúe en nombre de éste". (Compárense estas palabras con el artículo 15.1 j) de las Reglas de Hamburgo.)

V. Proyecto de artículo 40. Deficiencias en los datos del contrato

25. El proyecto de artículo 40 dispone lo siguiente:

"1. La ausencia de uno o más de los datos del contrato a los que se hace referencia en el artículo 38.1, o la inexactitud de uno o más de dichos datos, no afecta de por sí a la naturaleza o validez jurídica del título de transporte o del documento electrónico de transporte.

2. Si los datos del contrato incluyen la fecha, pero no indican debidamente su significado, se considerará que la fecha es:

a) Cuando los datos del contrato indiquen que las mercancías han sido cargadas a bordo de un buque, la fecha en que todas las mercancías consignadas en el título de transporte o en el documento electrónico de transporte quedaron cargadas a bordo del buque; o

b) Cuando los datos del contrato no indiquen que las mercancías se cargaron a bordo de un buque, la fecha en que el porteador o una parte ejecutante recibieron las mercancías.

---

[5] En el párrafo k) del artículo 5 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales se define la "firma" como "la firma manuscrita, su facsímil o una autenticación equivalente efectuada por otros medios".

[3. Si los datos del contrato no identifican al porteador, pero indican que las mercancías han sido cargadas a bordo de un buque designado, se presumirá que el propietario inscrito del buque es el porteador. El propietario inscrito podrá rebatir esa presunción si prueba que el buque se hallaba, al efectuarse el transporte, bajo contrato con un fletador que haya fletado el buque a casco desnudo, lo que transfiere la responsabilidad contractual del transporte de las mercancías al fletador identificado como fletador a casco desnudo. [Si el propietario inscrito rebate la presunción de que él es el porteador con arreglo al presente artículo, se presumirá que el fletador a casco desnudo en el momento del transporte es el porteador, al igual que se presumió que el propietario inscrito era el porteador.]]

4. Si los datos del contrato no indican que las mercancías estaban en buen estado y en buenas condiciones aparentes en el momento en que el porteador o una parte ejecutante las recibió del consignador, el título de transporte o el documento electrónico de transporte constituirá, según corresponda, o bien prueba rebatible o bien prueba concluyente con arreglo al artículo 43 de que las mercancías estaban en buen estado y en buenas condiciones aparentes en el momento en que el consignador las entregó al porteador o a una parte ejecutante."

26. Durante la labor preparatoria del CMI se formularon diversas sugerencias sobre las posibles sanciones que cabría imponer al porteador que no indicara ninguna fecha en absoluto en el título de transporte. Entre las sanciones sugeridas figuraban "una multa de gran cuantía", "la pérdida del recurso al club P&I", "la pérdida del derecho a limitar la responsabilidad", y la responsabilidad en una "demanda separada por las pérdidas resultantes" (véase el Anuario del CMI correspondiente al año 2000, pág. 184). Al final se llegó a la conclusión de que otras fuerzas aseguraban que los títulos de transporte llevaran fecha. La única cuestión que requería atención, por lo tanto, era el problema de las fechas ambiguas.

27. El párrafo 3 del proyecto de artículo 40, que figura entre corchetes, es la parte más controvertida de este artículo (y tal vez sea la disposición más controvertida de todo el capítulo). Durante la primera lectura de este material, en el Grupo de Trabajo prevaleció la opinión de que el proyecto de párrafo 3 abordaba un problema serio que debía regularse en el proyecto de convenio, pero se consideró que la cuestión requería un estudio más detenido sobre otros medios para combatir el problema y que la disposición, en su forma actual, aún no era satisfactoria. El Grupo de Trabajo decidió mantener el párrafo 3 entre corchetes en el proyecto de convenio y analizarlo con mayor detalle ulteriormente (véase A/CN.9/526, párr. 60).

28. El párrafo 3 del proyecto de artículo 40 reconoce teóricamente que el propietario inscrito puede no tener relación directa alguna con el propietario de una determinada carga. En efecto, puede ser un prestamista que pasó a ser el propietario inscrito con el único fin de mantener una garantía real sobre el buque. No obstante, el propietario inscrito debería saber (directa o indirectamente) quién envía una carga en su buque, para poder así dirigir la demanda a la parte apropiada, es decir, al porteador. De algunas maneras, los ordenamientos que reconocen la responsabilidad *in rem* por las reclamaciones sobre la carga llegan indirectamente a un resultado similar.

29. Cabe concebir otras soluciones para afrontar los problemas que crea el hecho de que en un título de transporte no se especifique la identidad del porteador. Por ejemplo, el porteador podría perder el beneficio del plazo límite (reconocido en el proyecto de capítulo 15) o dicho plazo podría empezar a correr solo cuando el porteador estuviera debidamente identificado. Además, podría requerirse al porteador que reembolsara a la parte demandante los gastos que le hubiera ocasionado la localización del porteador. Se sugirió incluso que el porteador perdiera el beneficio de la limitación de bultos si el título de transporte violaba el proyecto de artículo 38.1 e). Pero todas esas soluciones abordan únicamente las consecuencias indirectas del caso en que se tengan dificultades para determinar la identidad del porteador. Ninguna de las soluciones ofrece una asistencia práctica para determinar dicha identidad. En cambio, el párrafo 3 del proyecto de artículo 40 ofrece un incentivo directo a la parte fácilmente identificable que más probablemente conozca la identidad del verdadero porteador para compartir esa información esencial.

30. Durante las deliberaciones oficiosas mantenidas desde el último período de sesiones del Grupo de Trabajo, todos los delegados que abordaron la cuestión apoyaron en lo sustancial la redacción actual de los párrafos 1, 2 y 4 del proyecto de artículo 40.

31. El párrafo 3 del proyecto de artículo 40 sigue siendo sumamente controvertido. Algunos de los delegados que participaron en las consultas oficiosas apoyaron en lo sustancial el párrafo 3, pero sugirieron formas para mejorarlo. Un delegado propuso que se reforzara el proyecto de artículo 3 de modo que se brindara una mayor protección al cargador. La disposición podría crear una presunción irrebatible de que el propietario inscrito es el porteador (lo cual se ajustaría a la regla general de que una persona queda vinculada por los actos de otra persona que demuestra autoridad en determinadas circunstancias). Si tiene que haber una presunción rebatible, se sugirió que el propietario inscrito pudiera rebatir la presunción de que él es el porteador únicamente si 1) identifica plenamente al verdadero porteador, y 2) el verdadero porteador reconoce que es él.

32. En las consultas oficiosas, la mayoría de los delegados que abordaron esta cuestión se opusieron al párrafo 3 del proyecto de artículo 40 por diversas razones. La mayoría de los delegados consideraron inapropiado presumir que el propietario inscrito es el porteador cuando tal vez no haya tenido ningún vínculo real con el transporte. En efecto, conforme al texto actual, es posible que el propietario inscrito no haya tenido vínculo alguno con el transporte. Supóngase que "los datos del contrato ... indican que las mercancías han sido cargadas a bordo de un buque designado", pero que de hecho las mercancías nunca se transportaron en dicho buque ¿Debería limitarse el párrafo 3 a los casos en que las mercancías se hubieran cargado verdaderamente a bordo de un buque designado? O el propietario inscrito tal vez no tuvo ningún vínculo con el tramo del transporte en el que se produjo la pérdida ¿Por qué razón la carga de las mercancías en un buque para el transporte en el tramo marítimo de una operación multimodal debería crear una presunción sobre la identidad del porteador para los tramos terrestres? Los detractores del párrafo 3 argumentan, por principio, que el cargador debería asumir la responsabilidad del conocimiento de la identidad de la parte con la que celebró un contrato. Incluso los consignatarios terceros, que no celebraron ningún contrato con el porteador,

deberían forzar a la parte contratante, es decir, al cargador, y no al propietario inscrito, a revelar la identidad del porteador.

33. Los delegados que participaron en las consultas oficiosas señalaron también toda una serie de problemas prácticos que planteaba el proyecto actual. Por ejemplo, no queda claro lo que se entiende por "no identifican al porteador". En el apartado e) del párrafo 1 del proyecto de artículo 38 se exige que en los datos del contrato figure "el nombre y la dirección del porteador". ¿Deben especificarse ambas cosas para evitar el proyecto de párrafo 3 del artículo 40? Si en los datos del contrato figura el nombre del porteador pero no su dirección, ¿puede decirse que "no se ha identificado al porteador"? ¿Es suficiente una cláusula de "identidad del porteador" para identificar a éste? ¿Debería permitirse que una cláusula estándar y bien impresa sobre la "identidad del porteador" entrara en contradicción con otra información consignada en el título de transporte? Los problemas abundan ¿Se acepta en el proyecto de artículo 40.3 la posibilidad de múltiples porteadores (como lo aceptan muchos ordenamientos nacionales)? Tampoco está clara la relación entre las dos primeras frases. La primera frase establece una presunción rebatible (que el propietario inscrito sea el porteador) y en la segunda frase se describe una manera para rebatir la presunción ¿Tiene la segunda frase la finalidad de especificar la única manera en que puede rebatirse la presunción? ¿O puede el propietario inscrito rebatir la presunción demostrando que una persona distinta al fletador a casco desnudo es el verdadero porteador? Por ejemplo, ¿puede el propietario inscrito rebatir la presunción demostrando que un fletador por un tiempo determinado es el verdadero porteador?, y de ser así, ¿debe el fletador por un determinado tiempo aceptar la responsabilidad como "porteador" antes de que el propietario inscrito quede liberado de responsabilidad? Aun cuando el Grupo de Trabajo acepte el proyecto de artículo 40.3, parece evidente que habrá que estudiar varios cambios de redacción.

34. Un delegado que participó en las consultas oficiosas sostuvo que el proyecto de artículo 40.3 tal vez ya no resultara necesario como cuestión práctica, dado que otras fuerzas contribuirían a solventar el problema. 1) Las presiones de la competencia ya han mejorado la claridad de los títulos de transporte. 2) En virtud de las Reglas y Usos de las CCI relativos a los Créditos Documentarios, los títulos de transporte en que no se especifique la identidad del porteador son inaceptables para los bancos y, por lo tanto, para los cargadores que traten de cobrar por medio de un crédito documentario. 3) En el apartado e) del proyecto de artículo 38.1 ya se exige la inclusión del nombre y de la dirección del porteador. 4) El régimen del proyecto de artículo 49 da al porteador un fuerte incentivo para consignar su nombre y su dirección en el título de transporte.

VI. Proyecto de artículo 41. Reservas concernientes a la descripción de las mercancías en los datos del contrato

35. El proyecto de artículo 41 dispone lo siguiente:

"El porteador, si obra de buena fe cuando emite un título de transporte o un documento electrónico de transporte, podrá formular reservas a la información a la que se hace referencia en el artículo 38.1 a), 38.1 b) o 38.1 c) en los supuestos y de la manera que se describen a continuación para indicar que el porteador no responde de la exactitud de la información facilitada por el cargador:

a) En el caso de mercancías no transportadas en contenedores

i) si el porteador puede demostrar que carecía de medios razonables para verificar la información facilitada por el cargador, podrá hacerlo constar en los datos del contrato, indicando la información a que se refiera, o

ii) si el porteador tiene buenas razones para estimar que la información facilitada por el cargador es inexacta, podrá incluir una cláusula indicando lo que razonablemente entiende por información exacta.

b) En el caso de mercancías entregadas al porteador o a una parte ejecutante en un contenedor cerrado, a menos que el porteador o una parte ejecutante inspeccione efectivamente las mercancías que se encuentren en el interior del contenedor o adquiera de alguna otra forma un conocimiento efectivo del contenido del contenedor antes de emitir el título de transporte o el documento electrónico de transporte; ahora bien, en dicho supuesto, siempre que le sea posible formular reservas, caso de que estime razonablemente que la información facilitada por el cargador respecto del contenido del contenedor es inexacta, el porteador podrá incluir en los datos del contrato una cláusula de reserva respecto de:

i) las marcas de identificación que lleven las mercancías que se encuentren dentro del contenedor, o

ii) el número de bultos, el número de piezas o la cantidad de mercancías que vayan dentro del contenedor.

c) En el caso de mercancías que se entreguen al porteador o a una parte ejecutante en el interior de un contenedor cerrado, el porteador podrá formular reservas respecto de toda declaración del peso de las mercancías o del peso y el contenido del contenedor, declarando explícitamente que él no ha pesado ese contenedor, si

i) el porteador puede demostrar que ni él ni una parte ejecutante han pesado el contenedor, y si el cargador y el porteador no estipularon con anterioridad al transporte que el contenedor debía pesarse y que debía consignarse el peso en los datos del contrato, o

ii) si el porteador puede demostrar que no disponía de ningún medio de verificación razonable para comprobar el peso del contenedor."

36. Este artículo se ha redactado dando por sentado que el cargador siempre tendrá derecho a obtener un título de transporte o un documento electrónico de transporte en el que esté consignada la información que facilite al porteador. (Durante las deliberaciones oficiosas mantenidas desde el último período de sesiones del Grupo de Trabajo, incluido el seminario oficioso de Londres, todos los delegados que abordaron la cuestión dieron por sentado este hecho.) Este artículo trata de las reservas que puede formular el porteador sobre la información dada por el cargador o de la información que puede dar el porteador que contradiga a la del cargador.

37. Durante el período de sesiones que celebró el Grupo de Trabajo en primavera de 2003 se formularon varias sugerencias para que se examinaran con mayor detenimiento. Algunas de ellas ya se han incorporado al texto del proyecto. Otras, que tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar son, entre otras, las siguientes:

- En el párrafo b) cabría incluir términos del tenor del inciso ii) del proyecto de artículo 41 a) para regular la situación en que el porteador considere razonablemente que la información facilitada por el cargador sobre el contenido del contenedor es inexacta.
- Cabría requerir a un porteador que decidiera expresar reservas sobre la información mencionada en el título de transporte que justificara dichas reservas.
- El proyecto de convenio podría regular la situación en que el porteador accediera a no formular reservas sobre la descripción de las mercancías, por ejemplo, a fin de no obstaculizar un crédito documentario, pero obtuviera una garantía del cargador.
- Cuando el porteador, actuando de mala fe, convenga en no formular reservas sobre la información consignada en los datos del contrato, debería sancionarse tal conducta, y el porteador no debería poder invocar ninguna limitación de la responsabilidad.

(Véase A/CN.9/526, párr. 37.) Durante las deliberaciones oficiosas mantenidas desde el último período de sesiones del Grupo de Trabajo, cada una de estas sugerencias ha obtenido al menos cierto apoyo.

38. Si bien la mayoría de los delegados que abordaron la cuestión en las consultas oficiosas apoyaron en lo sustancial el contenido del proyecto de artículo 41, se formularon varias advertencias y propuestas de redacción. Un delegado estimó que era necesario hacer una distinción entre los casos en que el porteador *podía* formular reservas sobre la información proporcionada por el cargador (a fin de protegerse de la responsabilidad por daños en la carga) y los casos en que el porteador *debía* formular reservas sobre la información facilitada por el cargador (a fin de proteger a terceros). Esta propuesta recibió, en el seminario oficioso de Londres, un apoyo sustancial. Otro delegado sugirió que tal vez sería posible suprimir el proyecto de párrafo b) y aplicar el proyecto de párrafo a) a las mercancías transportadas en contenedores. (También cabría la posibilidad de agregar al párrafo b) palabras del tenor del inciso ii) del párrafo a).) Los participantes en el seminario oficioso de Londres convinieron en que los proyectos de párrafo a) y b) deberían examinarse conjuntamente y que convendría buscar posibles lagunas (por ejemplo, con respecto a la carga transportada en un contenedor abierto o a la

descripción de la carga de un contenedor cerrado). Varios delegados consideraron que sería útil aclarar la asignación de las cargas de la prueba (si bien un delegado estimó que esta cuestión debería dejarse en manos del derecho interno).

39. Algunos de los delegados que participaron en las consultas oficiosas cuestionaron la utilización del concepto de "buena fe", dado que era desconocido en sus respectivos ordenamientos jurídicos. En opinión de algunos delegados, aunque se retuviera el concepto de "buena fe", resultaría problemático en este contexto. Al analizar si debería hacerse una distinción entre los casos en que el porteador *pudiera* formular reservas sobre la información y los casos en que *debiera* hacerlo (posible distinción mencionada en el párrafo anterior), sería útil examinar si el concepto de "buena fe" podría funcionar de modo diferente en los dos casos.

VII. Proyecto de artículo 42. Medios de verificación razonables y la actuación de buena fe

40. El proyecto de artículo 42 dispone lo siguiente:

"A los efectos del artículo 41:

a) Un "medio de verificación razonable" deberá ser no solo materialmente practicable sino también comercialmente razonable;

b) El porteador obrará de "buena fe" al emitir un título de transporte o un documento electrónico de transporte, si

i) el porteador ignora de hecho que alguna declaración esencial del título de transporte o del documento electrónico de transporte es falsa o induce a error, y si

ii) el porteador no se ha abstenido intencionalmente de verificar si una declaración esencial consignada en el título de transporte o en el documento electrónico de transporte es falsa o induce a error por estimar que es probable que esa declaración sea falsa o engañosa.

c) Toda parte que alegue que el porteador no obró de buena fe al emitir un título de transporte o un documento electrónico de transporte deberá probar dicho alegato."

41. Durante el período de sesiones que celebró el Grupo de Trabajo en primavera de 2003, esta disposición se consideró generalmente aceptable (véase A/CN.9/526, párr. 43). Durante las deliberaciones oficiosas mantenidas desde el último período de sesiones del Grupo de Trabajo, todos los delegados que abordaron la cuestión apoyaron sustancialmente el enunciado actual del proyecto de artículo 42 (si bien un delegado propuso que en el proyecto de párrafo b) se hablara, no de "buena fe" sino de "mala fe").

VIII. Proyecto de artículo 43. Prueba rebatible y prueba concluyente

42. El proyecto de artículo 43 dispone lo siguiente:

"De no disponer otra cosa el artículo 44, todo título de transporte o todo documento electrónico de transporte que deje constancia de la recepción de las mercancías constituye:

a) Prueba rebatible de que el porteador ha recibido las mercancías conforme están descritas en los datos del contrato; o

b) Prueba concluyente de que el porteador ha recibido las mercancías conforme están descritas en los datos del contrato:

[i)] si se ha transferido un título de transporte negociable o un documento electrónico de transporte negociable a un tercero que obraba de buena fe [o

ii) Variante A del apartado b) ii)

si una persona, que obraba de buena fe, ha abonado algún precio o modificado de alguna otra manera su situación fiándose de la descripción que se da en los datos del contrato de las mercancías.]

ii) Variante B del apartado b) ii)

si no se ha emitido ningún título de transporte negociable o ningún documento electrónico de transporte negociable y si el consignatario ha comprado y pagado las mercancías confiando en la descripción de dichas mercancías consignada en los datos del contrato.]"

43. Durante el período de sesiones que el Grupo de Trabajo celebró en la primavera de 2003, se aceptó en general el contenido de los proyectos de párrafo a) y b) i) (véase A/CN.9/526, párrs. 44 a 48). Durante las deliberaciones oficiosas mantenidas desde el último período de sesiones del Grupo de Trabajo, incluido el seminario oficioso de Londres, todos los delegados que abordaron la cuestión apoyaron en sustancia los enunciados actuales de los proyectos de párrafo a) y b) i).

44. El inciso ii) del proyecto de párrafo b) ha sido más controvertido (véase A/CN.9/526, párrs. 44 a 48). Desde el período de sesiones de primavera de 2003 se han introducido dos nuevas variantes para el inciso ii). En virtud de la variante B, de alcance más limitado, un título de transporte no negociable o un documento electrónico de transporte no negociable solo pueden constituir prueba concluyente si el consignatario ha comprado y pagado las mercancías fiándose de los datos del contrato. Por ejemplo, el cargador y el porteador pueden utilizar un título de transporte no negociable porque las mercancías no se revenderán en ruta. El contrato de compraventa puede prever el pago cuando el cargador entregue este título de transporte al consignatario, porque demuestra que las mercancías sí se han transportado. De este modo, el consignatario puede fiarse de los datos del contrato para pagar las mercancías. Pero si se realizara esencialmente la misma operación con una carta de crédito, la variante B no protegería al banco que hubiera adelantado el dinero para el precio de la compra al consignatario y que hubiera constituido una

garantía real sobre las mercancías. La variante A, de alcance más amplio, haría extensiva la protección al banco que se hubiera fiado de los datos del contrato para adelantar dinero al consignatario.

45. En las deliberaciones oficiosas celebradas desde el último período de sesiones del Grupo de Trabajo, incluido el seminario oficioso de Londres, las opiniones sobre el inciso ii) del párrafo b) fueron muy variadas. La mayoría de los delegados que abordaron la cuestión apoyaron la variante A, que es más amplia. De hecho, un delegado habría apoyado una versión incluso más amplia en la que se protegería a todos los terceros (al menos cuando se utilizaran algunos títulos de transporte no negociables), prescindiendo de si abonaba dinero o de si modificaba su posición confiando en la descripción de las mercancías que figuraba en los datos del contrato. Los delegados minoritarios estaban divididos entre los que apoyaban la variante B, más restringida, y los que rechazaban ambas variantes (por estimar que solo debería permitirse que los documentos negociables constituyeran pruebas concluyentes).

46. Dos delegados que participaron en las consultas oficiosas sugirieron que el texto se revisara a fin de regular directamente los títulos de transporte no negociables a veces denominados conocimientos de embarque nominativos (“straight” o “recta”). Esta sugerencia recibió un apoyo sustancial en el seminario oficioso de Londres.

IX. Proyecto de artículo 44. Fuerza probatoria de una cláusula de reserva

47. El proyecto de artículo 44 dispone lo siguiente:

> “Si en los datos del contrato figura una cláusula de reserva incorporada conforme a lo prescrito en el artículo 41, el título de transporte o el documento electrónico de transporte no constituirá ni prueba rebatible ni prueba concluyente, con arreglo al artículo 43, en la medida en que la descripción de las mercancías esté condicionada por dicha reserva.”

48. El proyecto de artículo 44 es la disposición clave de todo el capítulo, ya que fija las condiciones y pautas que darán significado práctico a la mayor parte de los otros artículos. Los proyectos de artículo 41 y 42, por ejemplo, especifican en qué casos al porteador le estará permitido formular reservas sobre la descripción de las mercancías en los datos del contrato. Pero luego el proyecto de artículo 44 especifica cuándo una reserva tiene significado práctico, permitiendo así a la reserva superar la prueba rebatible o concluyente que de otro modo existiría en virtud del proyecto de artículo 43. Además, la obligación fundamental prevista por el proyecto de artículo 37 de emitir un título de transporte o un documento electrónico de transporte y la obligación prevista por el proyecto de artículo 38 de incluir en el título o documento una descripción de las mercancías, son significativas en la práctica, en la medida en que la descripción tenga algún efecto, lo cual hace en última instancia aplicable el proyecto de artículo 44.

49. Durante el período de sesiones que el Grupo de Trabajo celebró en primavera de 2003, se estimó que el proyecto de artículo 44 “era demasiado favorable al porteador”, pues le permitía invocar sus cláusulas de reserva prescindiendo de cómo trataba las mercancías (véase A/CN.526, párr. 50). Una variante del texto para las

cargas transportadas en contenedores (incorporado a la nota 154 de pie de página del documento A/CN.9/WG.III/WP.56 y, anteriormente, a la nota 146 del documento A/CN.9/WG.III/WP.32) solo permitiría al porteador invocar las cláusulas de reserva cuando el porteador pudiera demostrar una cadena de custodia entregando un contenedor sustancialmente en las mismas condiciones en que lo hubiera recibido. Su texto es el siguiente:

Variante del artículo 44

"1. Si en los datos del contrato figura una cláusula de reserva, el título de transporte no constituirá ni una prueba rebatible ni una prueba concluyente con arreglo al artículo 43, en la medida en que la descripción de las mercancías esté condicionada por la reserva, siempre que esa reserva "surta efecto" con arreglo al párrafo 2.

2. Toda reserva incorporada a los datos del contrato surtirá efecto, conforme a lo previsto en el párrafo 1, en los siguientes supuestos:

a) Para las mercancías que no se transporten en contenedores, surtirá efecto, con arreglo a sus propios términos, toda reserva que cumpla lo prescrito en el artículo 41;

b) Para las mercancías que se transporten en un contenedor cerrado, surtirá efecto, con arreglo a sus propios términos, toda reserva que cumpla con lo prescrito en el artículo 41:

i) Si el porteador o una parte ejecutante hace entrega del contenedor intacto y sin daños, o con algún daño en el contenedor que no haya causado pérdida o daño en las mercancías; y

ii) Si no existe prueba alguna de que el porteador o una parte ejecutante que haya recibido el contenedor haya abierto dicho contenedor con anterioridad a su entrega o, de haberlo abierto, la reserva surtirá efecto en la medida en que:

1) el contenedor fuera abierto para fines de inspección;

2) la inspección se efectuara ante testigos adecuados, y

3) el contenedor fuera debidamente cerrado a raíz de su inspección, y fuera nuevamente sellado, si se hallaba sellado antes de la inspección."

50. Las deliberaciones que mantuvo en Grupo de Trabajo sobre esta cuestión en el período de sesiones de la primavera de 2003 se recogen en los párrafos 49 a 52 del documento A/CN.9/526. Los delegados tal vez deseen también examinar el comentario que sobre esta cuestión figura en los párrafos 150 a 154 del documento A/CN.9/WG.III/WP.21.

51. Durante las deliberaciones oficiosas que se han mantenido desde el último período de sesiones del Grupo de Trabajo, una clara mayoría de los delegados que se pronunciaron sobre esta cuestión apoyó sustancialmente el enunciado del proyecto de artículo 44 tal como está redactado. No obstante, las opiniones minoritarias a favor de la variante del proyecto de artículo que figura en la nota 154

de pie de página, se defendieron enérgicamente. Un delegado sostuvo que los principios de la variante deberían hacerse extensivos a las mercancías no transportadas en contenedores ocultadas por el embalaje.

X. Proyecto de artículo 45. "Flete pagado de antemano"

52. El proyecto de artículo 45 dispone lo siguiente:

> "[Si los datos del contrato que figuren en un título de transporte negociable o en un documento electrónico negociable de transporte contienen la indicación "flete pagado de antemano" o una indicación análoga, ni el tenedor ni el consignatario serán responsables del pago del flete. El presente artículo no será aplicable si el tenedor o el consignatario es también el cargador.]"

53. Esta disposición se había inicialmente insertado en un proyecto de capítulo sobre el flete (véase el proyecto de artículo 9.4 a) en el documento A/CN.9/WG.III/WP.21; y el proyecto de artículo 44.1 en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32). En el período de sesiones que el Grupo de Trabajo celebró en primavera de 2004, cuando se suprimió la mayor parte del proyecto de capítulo sobre el flete, se decidió retener para un examen ulterior la disposición que ahora figura (entre corchetes) como proyecto de artículo 45. Los partidarios de este artículo argumentaron que esta disposición daría protección y claridad a los tenedores terceros de un título de transporte (véase A/CN.9/552, párrs. 163 y 164).

54. Durante las deliberaciones oficiosas mantenidas desde el último período de sesiones del Grupo de Trabajo, la mayoría de los delegados que se pronunció sobre esta cuestión apoyó sustancialmente el enunciado actual del proyecto de artículo 45. Un delegado sugirió que se ampliara el alcance del proyecto de artículo 45, 1) para que fuera aplicable también en casos de títulos de transporte no negociables y de documentos electrónicos de transporte no negociables (particularmente si los títulos de transporte y documentos electrónicos de transporte no negociables podían constituir una prueba concluyente en virtud del artículo 43 b) ii), y 2) para dar a la declaración de "flete pagado de antemano" un efecto de prueba rebatible cuando se presentara una reclamación contra el cargador.

55. Algunos de los delegados que participaron en las consultas oficiosas se declararon partidarios, en cambio, de revisar del artículo para ajustarlo en lo esencial al párrafo 4 del artículo 16 de las Reglas de Hamburgo, que dispone lo siguiente:

> "El conocimiento de embarque en el que no se especifique el flete o no se indique de otro modo que el flete ha de ser pagado por el consignatario, conforme a lo dispuesto en el apartado k) del párrafo 1 del artículo 15 [citado en la nota 4 del presente documento], o en el que no se especifiquen los pagos por demoras en el puerto de carga que deba hacer el consignatario, establecerá la presunción, salvo prueba en contrario, de que el consignatario no ha de pagar ningún flete ni demoras. Sin embargo, no se admitirá al porteador la prueba en contrario cuando el conocimiento de embarque haya sido transferido a un tercero, incluido un consignatario, que haya procedido de buena fe basándose en la falta de tal indicación en el conocimiento de embarque."

56. Esta disposición invertiría la presunción. En virtud del proyecto de artículo 45 en su forma actual, el derecho del porteador a cobrar el flete del consignatario no se ve afectado por el convenio, a menos que en el título de transporte figure una declaración afirmativa (por ejemplo, "flete pagado de antemano"). Según el párrafo 4 del artículo 16 de las Reglas de Hamburgo, el convenio elimina el derecho del porteador a cobrar el flete del consignatario a menos que en el título de transporte figure una indicación afirmativa (por ejemplo, "flete pagadero por el consignatario").

57. Alrededor de la mitad de los delegados que se pronunciaron sobre esta cuestión en las consultas oficiosas se declararon partidarios de incluir el proyecto de artículo 45 en el proyecto de convenio, puesto que resuelve dos problemas prácticos en el derecho actual. En primer lugar, aclara la posición de los bancos (y de los terceros en general). Si en un título de transporte figura la indicación "flete pagado de antemano", un banco nunca será responsable del pago del flete. En segundo lugar, si un porteador trata de cobrar el flete de un cargador en un documento en que figure la indicación "flete pagado de antemano", esta disposición deja sin efecto la excepción injustificada del cargador de que el documento con la indicación "flete pagado de antemano" es un resguardo emitido por el porteador que demuestra que de hecho el flete ya ha sido pagado. Otra cuarta parte de los delegados no tuvo objeciones en que se incluyera el proyecto de artículo 45 en el proyecto de convenio básicamente tal como figura en su forma actual, aunque no consideraron necesaria esa disposición.

58. Aproximadamente una cuarta parte de los delegados que se pronunció sobre esta cuestión en las consultas oficiosas se opuso a la inclusión del proyecto de artículo 45 en su forma actual. Entre esos delegados figuraban los partidarios de una disposición del tenor del párrafo 4 del artículo 16 de las Reglas de Hamburgo y los que preferían simplemente dejar esta cuestión en manos del derecho interno.

59. Algunos de los delegados que participaron en las deliberaciones oficiosas sugirieron mejoras de redacción que casi representaban cambios sustanciales. La más importante era la de la afirmación por parte del porteador de la existencia de un privilegio o derecho de retención cuando el consignatario u otro tercero reclamara las mercancías. El proyecto actual confirma que ni el consignatario ni ningún otro tercero están obligados a pagar el flete, pero no se menciona explícitamente si el porteador puede retener las mercancías (lo cual tendría como efecto en la práctica forzar al consignatario o a otro tercero a pagar el flete a fin de recibir las mercancías). Este problema podría paliarse reformulando la primera frase del proyecto de artículo 45 con un texto del siguiente tenor:

> "Si los datos del contrato que figuren en un título de transporte negociable o en un documento electrónico de transporte negociable contienen la indicación "flete pagado de antemano" o una indicación análoga, *el porteador no podrá sostener frente al tenedor o al consignatario que el flete no ha sido pagado*."

60. Se sugirió asimismo que en el proyecto se aclarara (en esta disposición o en la definición de "flete") que, a los efectos del presente artículo, el "flete" no incluye las demoras ni los gastos ocasionados al porteador en relación con las mercancías durante su transporte.

P. Preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: entrega al consignatario: propuesta de la delegación de Suiza presentada al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 17º período de sesiones

(A/CN.9/WG.III/WP.63) [Original: inglés]

Nota de la Secretaría

En preparación del 17º período de sesiones del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte), el Gobierno de Suiza presentó el texto de una propuesta sobre el derecho del porteador a retener las mercancías previsto en el proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías, para que lo examinara el Grupo de Trabajo. La propuesta se reproduce como anexo de la presente nota en la forma en que la recibió la Secretaría.

Anexo

Entrega al consignatario: propuesta de la delegación de Suiza sobre el derecho del porteador a retener las mercancía

I. Antecedentes

1. Como se señala en el informe sobre el 16º período de sesiones del Grupo de Trabajo III (véase A/CN.9/591, párrs. 221 y 222), durante el examen del capítulo 10 del proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías, relativo a la "Entrega al consignatario", la delegación de Suiza propuso incorporar al texto una disposición por la que se regulara el derecho del porteador a retener la carga por alguna razón concreta. Este derecho significaría en la práctica que el porteador podría suspender el cumplimiento de la obligación que le imponen el proyecto de artículo 13, el párrafo b) del proyecto de artículo 48 y los apartados i) y ii) del párrafo a) del proyecto de artículo 49, de entregar la carga al consignatario si el porteador o el consignatario incumplieran algunas de sus obligaciones.

2. Si no se introduce dicha disposición en el proyecto de convenio, resultaría dudoso que la legislación nacional pudiera mantener su propia normativa sobre la retención de las mercancías o los gravámenes sobre la carga, porque el silencio del proyecto de convenio sobre esta cuestión podría interpretarse en el sentido de que se ha regulado esta cuestión abordando algunos aspectos de la entrega en la forma detallada en que se propone actualmente en el proyecto de capítulo 10.

3. Tal es el caso en particular porque en el capítulo 10 se prevé implícitamente el derecho a retener las mercancías (y a aplazar o suspender la entrega) en algunos supuestos concretos, que en la actualidad son los siguientes:

Artículo 47

Derecho a denegar la entrega, a menos que se acuse recibo de las mercancías (al menos, esta es nuestra interpretación del proyecto actual);

Párrafo b) del artículo 48 (Variante C)

Derecho a denegar la entrega, a menos que el consignatario acredite debidamente su identidad.

4. Además, podría interpretarse que el proyecto de convenio excluye toda posibilidad de que las partes acuerden en el contrato de transporte (como se hace con mucha frecuencia en la práctica actual) establecer una cláusula de retención o gravamen, puesto que la entrega de las mercancías en el lugar de destino prevista en el artículo 13 resulta imperativa en virtud del apartado a) del párrafo 1 del artículo 94. Por ello, de no aclararse en el proyecto de convenio el derecho a retener la carga en determinadas circunstancias, podría resultar nula y sin efecto toda cláusula tradicional de retención o gravamen que se conviniera con arreglo a los regímenes jurídicos actuales.

5. Este derecho a retener las mercancías (y el de imponer un gravamen sobre ellas) es decisivo para el porteador, como lo es para toda parte contratante en una relación jurídica comparable. Se trata de un recurso fundamental y de una forma de garantía del pago de los servicios prestados en relación con ese objeto. En otros instrumentos de la CNUDMI se prevén estos derechos para una parte contratante (por ejemplo, en el artículo 71 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías). En el marco de un contrato de transporte, este derecho garantiza el del porteador a cobrar íntegramente su servicio antes de cumplir el contrato entregando las mercancías al consignatario. El proyecto de convenio también debería permitir esta práctica en el futuro.

6. El alcance del derecho a retener la carga y la forma en que puede ejercitarse no se hallan armonizados en la actualidad y dependen sustancialmente del derecho aplicable y, concretamente, de las reglas aplicables sobre conflictos de leyes. El valor de toda cláusula de retención o gravamen, el alcance de su aplicación, su validez y su ejecución práctica dependen, por tanto, considerablemente del derecho aplicable que se reconozca en el lugar en que se hagan valer estos derechos. En la práctica, ello da al ejercicio de tal derecho de retención un carácter muy fortuito e impredecible.

7. A juicio de la delegación de Suiza, debería introducirse en el texto una disposición sustantiva sobre el derecho a retener la carga a efectos de pagar el flete (y para satisfacer otras reclamaciones financieras derivadas del contrato de transporte). Suiza reconoce que, según lo que decida el Grupo de Trabajo sobre la manera de regular la cuestión del derecho a retener las mercancías y de imponer un gravamen sobre ellas, podrían verse afectadas otras disposiciones del capítulo sobre la entrega (capítulo 10), por lo que estas deberían ajustarse en el proceso de redacción. Por lo tanto, la delegación de Suiza sugiere que el Grupo de Trabajo adopte en primer lugar una decisión sobre los principios y el grado de detalle de los aspectos que se regularán en el instrumento que, posteriormente, pida a la Secretaría de la CNUDMI que prepare una versión refundida en que se integren los aspectos del derecho del porteador a retener las mercancías en los distintos supuestos previstos en el proyecto de convenio.

8. La delegación de Suiza estima que en esta disposición no deben abordarse cuestiones de procedimiento ni otras relativas a los derechos de propiedad o los derechos reales. En los proyectos de disposición debería darse una respuesta (no obligatoria) a las preguntas más importantes:

1. ¿Queda autorizada esta retención?
2. ¿Se permite al porteador vender la carga?
3. ¿Debe notificarse al consignatario o a la parte controladora?

II. Propuesta de variante A del proyecto de artículo 52 *bis*

9. En la propuesta de esta delegación se utiliza como base para las deliberaciones ulteriores el proyecto de disposición del artículo 45, previsto inicialmente en el capítulo sobre el flete (véase A/CN.9/WG.III/WP.32), pero luego suprimido por el Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/552, párrafo 164). La disposición, en su forma enmendada por esta propuesta, diría lo siguiente:

Artículo 52 *bis*

1. Independientemente de cualquier acuerdo que se haya concertado en sentido contrario, si con arreglo a la legislación nacional aplicable al contrato de transporte corresponde al consignatario pagar:

a) El flete, el flete falso, la sobrestadía, los daños por inmovilización y todos los demás costos reembolsables que haya tenido el porteador en relación con las mercancías;

b) Todos los daños adeudados al porteador en virtud del contrato de transporte; y

c) Toda contribución por avería gruesa adeudada al porteador en relación con las mercancías.

El porteador tendrá derecho a retener las mercancías hasta que se hayan efectuado dichos pagos o hasta que se haya aportado una garantía adecuada de que tales pagos serán efectuados.

2. Cuando el pago referido en el párrafo 1 del presente artículo no se haya efectuado, o no se haya efectuado en su totalidad, el porteador tendrá derecho a vender las mercancías [conforme al procedimiento que, en su caso, prevea el derecho interno aplicable] y a cobrar las sumas que se le adeuden [incluido el costo de dicho recurso] con el producto de la venta. Una vez deducido el importe adeudado, el saldo de dicha venta se pondrá a disposición de la persona que tenga derecho a las mercancías.

10. Conforme a esta propuesta se suprimen los corchetes de la frase "Independientemente de cualquier acuerdo que se haya concertado en sentido contrario" del antiguo artículo 45 de A/CN.9/WG.III/WP.32. Con ello se pretende aclarar que con arreglo al proyecto de convenio se permiten las cláusulas contractuales en las que se describa el derecho a la retención.

11. En el proyecto de disposición que figura en esta variante A no se menciona la obligación del porteador de notificar a los propietarios de la carga de su intención de ejercer su derecho de retención y venta. Se sugiere agregar una disposición en tal sentido.

12. Además, el texto del segundo párrafo de la variante A debe ajustarse al de los párrafos 2 y 3 del proyecto de artículo 51 del proyecto de convenio (utilización del producto). Otra opción sería, hacer aplicables estos últimos párrafos al derecho de retención.

13. Al abordarse el capítulo sobre el flete en períodos de sesiones anteriores del Grupo de Trabajo, no se examinó en gran detalle la disposición sobre el derecho a retener las mercancías. Sin embargo, quedó de manifiesto que esta disposición plantea problemas muy complejos y que, en cierta medida, inciden en aspectos del derecho relativos a los derechos reales y al derecho procesal. La postura de la delegación de Suiza es que ello no debe inducir a la CNUDMI y a su Grupo de Trabajo a abstenerse de reglamentar las cuestiones de ejercicio de ese derecho de retención, permitiendo así que las partes comerciales puedan hacer frente de manera predecible a esta cuestión.

III. Propuesta de variante B del proyecto de artículo 52 *bis*

14. Suiza propone otra variante de un proyecto de disposición que se ajusta a la variante A enunciada más arriba que sería adecuada si el Grupo de Trabajo desea limitar el alcance del proyecto de convenio de modo que el derecho de retención de las mercancías se rija simplemente por el derecho aplicable o por el acuerdo contractual entre las partes. Esta disposición diría lo siguiente:

Artículo 52 *bis*

Nada de lo dispuesto en el presente Convenio afectará al derecho del porteador o de la parte ejecutante [marítima], conforme al contrato de transporte o al derecho aplicable, a retener las mercancías hasta que se hayan pagado íntegramente al porteador las sumas que se le adeuden.

IV. Derecho de retención en los casos previstos en los artículos 47 y 48 b)

15. Con independencia de cualquier decisión sobre las dos variantes enunciadas más arriba, tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar una disposición con la que se aclare el derecho de retención en los casos previstos en el artículo 47 y el párrafo b) del artículo 48. Esta disposición podría decir lo siguiente:

El porteador podrá retener las mercancías y no entregarlas al consignatario:

a) Si el consignatario no ha acusado recibo de las mercancías con arreglo al artículo 47; o

b) Si el consignatario no acredita debidamente su identidad con arreglo al párrafo b) del artículo 48.

16. También cabría agregar al párrafo 1 del proyecto de artículo 51, como nuevo párrafo c), estos dos motivos de denegación de la entrega.

Q. Elaboración de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: observaciones del Consejo de Cargadores Marítimos de Europa presentadas al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 17º período de sesiones

(A/CN.9/WG.III/WP.64) [Original: francés]

Nota de la Secretaría

En previsión del 17º período de sesiones del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte), el Consejo de Cargadores Marítimos de Europa ha presentado a la Secretaría el documento que se adjunta como anexo a la presente nota y en el que el Consejo expone sus observaciones relativas al proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías. El texto se reproduce en el anexo de la presente nota tal como lo recibió la Secretaría.

Anexo

1. El Consejo de Cargadores Europeos es el organismo que representa los intereses de las sociedades industriales y mercantiles europeas como usuarios de todos los modos de transporte. Los "cargadores" son, fundamentalmente, productores o distribuidores de bienes que comercializan y distribuyen a sus clientes. El transporte marítimo es para ellos el principal vector de los intercambios internacionales.

2. Ante la perspectiva de la labor del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI, que se reunirá en Nueva York en abril de 2006, los cargadores europeos han querido expresar su postura sobre los principales temas que figurarán en el programa de ese período de sesiones y, para ello, se han basado en el texto del documento A/CN.9/WG.III/WP.56.

3. Este documento se completa asimismo con un análisis de los artículos que el Grupo de Trabajo no pudo examinar o sobre los que no pudo llegar a ninguna conclusión en su anterior período de sesiones celebrado en Viena.

Derechos de acción o procesales

4. El Consejo se felicita de que esa cuestión haya sido abordada en el proyecto de instrumento, puesto que, en la práctica, es muy frecuente que un cargador exportador que se haya deshecho de su documento de transporte (por ejemplo, entregándolo a un banco en el marco de una carta de crédito), vea denegado su derecho a actuar contra el porteador marítimo cuando trate de ser indemnizado por un daño que se haya producido en la mercancía que no le haya sido pagada por el destinatario (comprador en quiebra, carta de crédito no abonada, etc.). La regla actual basada en la posesión del documento de transporte es demasiado rígida y da pie a soluciones a menudo inequitativas.

5. Artículo 67

Desde esta perspectiva, el Consejo considera que la redacción de la variante B es preferible, que el enfoque mediante una regla general permite más simplicidad y más claridad y evita el problema de una lista que pudiera ser incompleta en la variante A. El concepto de *interés legítimo* permite tener en cuenta el contrato comercial (INCOTERMS), así como los elementos de hecho.

6. Artículo 68

El Consejo es partidario de ese artículo, que permite al cargador que ha traspasado su conocimiento de embarque actuar contra el porteador o contra una parte ejecutante. No obstante, subrayan que la prueba negativa que se pide en tal caso puede resultar difícil de obtener.

Capítulo 15. Plazos de actuación

7. Artículo 69

En lo que respecta al plazo para presentar una demanda, un año es un período demasiado breve. Esta solución se deriva sin duda de la tradición marítima, pero es antigua y se basa en los plazos que no son más breves en los convenios más recientes (Hamburgo, Montreal). En la práctica, los litigios se dirimen cada vez más

en el marco de un seguro. Sería más juicioso dar a las partes un año suplementario para resolver los litigios amigablemente antes de recurrir a los tribunales o al arbitraje.

En lo que respecta al modo de extinción de las demandas, los cargadores prefieren la solución moderna de la prescripción, y el enunciado que figura en la variante B.

8. Artículo 70

Este artículo es clásico y nos adherimos a él aunque no evite mucho el concepto de "último día", que puede ser cuestionado.

9. Artículo 71

A los cargadores que, generalmente, están en la posición del demandante, les parece más lógico que sea el demandante quien solicite la prórroga de los plazos de prescripción. Sea como fuere, debería requerirse la aceptación de la prórroga por las dos partes. Los cargadores no conciben y rehúsan que el porteador pueda prorrogar unilateralmente el plazo de prescripción.

10. Artículo 72

Tratándose de un convenio internacional encaminado a uniformizar el derecho, el párrafo a) no resulta indispensable y debería ser suprimido. Por lo que respecta al párrafo b), preferimos la variante A, pues prevé un plazo más breve, lo cual no sería el caso en la variante B ii).

La variante A debería convertirse en artículo único*.

11. (Artículo 73)

12. Artículo 74

La posibilidad de entablar una demanda contra el fletador a casco desnudo es un principio con el que se muestra de acuerdo el Consejo. Sin embargo, sería conveniente evitar referencias al derecho interno, a fin de mantener un nivel de seguridad jurídica. Por consiguiente, los cargadores son partidarios de que se suprima el párrafo a), y de que el párrafo b) se convierta en artículo 1, pudiéndose fusionar los incisos i) y ii).

Limitación de la responsabilidad

13. Para el Consejo, la cuestión de la limitación de la responsabilidad es indisociable de la exoneración de responsabilidad. Los cargadores destacan que en el momento de la redacción del Convenio de Hamburgo, se tuvo en cuenta la desaparición de los casos exceptuados para fijar los montos de poca cuantía en el cálculo del límite máximo de la responsabilidad. El hecho de que en el instrumento se retome el concepto de los casos exceptuados debería inducir al Grupo de Trabajo, cuando examine esta cuestión, a ajustar netamente al alza esos montos, sin que importe el probable aumento de los valores medios de las mercancías que se ha producido en los últimos decenios.

---

* *Nota del traductor*: A consecuencia de las enmiendas aquí propuestas habría que enmendar la parte introductoria.

14. Artículo 64

El primer párrafo no plantea ningún problema.

El Consejo ve con buenos ojos la variante B del párrafo 2 debido a su enunciado claro. No obstante, quisiéramos que se evitara la remisión al derecho interno tanto para dar más simplicidad al texto como para que éste ofrezca una mayor seguridad jurídica. Respecto de los párrafos 3 y 4 es conveniente mantener el término "contenedor" en el texto, en vez de utilizar, en la versión francesa, la expresión "engin de transport", que carece de significado preciso en la práctica.

15. Artículo 65

Responsabilidad por perjuicio causado por demora

16. El Consejo señala a los miembros del Grupo de Trabajo que son los cargadores quienes sufren, las más de las veces, los perjuicios derivados de las deficiencias del servicio (mercancías depositadas en el muelle, escalas eludidas, demoras de entrega), más que de los daños propiamente dichos, que la generalización del empleo de contenedores ha contribuido a reducir notablemente. Por esta razón, instan a los redactores del texto a fin de que prescindan de soluciones ya concebidas dimanantes de una tradición por lo demás respetable pero que ya está totalmente en desfase con la realidad del transporte marítimo.

17. El Consejo pide que los perjuicios causados por los daños o las pérdidas de mercancías resultantes de una demora sean indemnizados de la misma manera que los perjuicios y los daños en el artículo 64.

18. En lo que se refiere al perjuicio económico derivado de la demora, las modalidades de cálculo de la limitación no deberían fundarse en el monto del flete sino que deberían calcularse en función de las reglas generales de la limitación de la responsabilidad.

Hoy en día, la referencia al flete ya no es pertinente si se observa la volatilidad de las tasas de flete y su variabilidad (así, por ejemplo, un flete de Europa a Asia en 2005-2006 es inferior a 200 dólares EE.UU. por contenedor de 20', mientras que de Asia a Europa, esa tasa es de 1.200/tc 20').

Antes que prever [x] veces el importe del flete, el Consejo anima a los redactores del convenio a ser innovadores y a proponer una regla fundada en el [x] % de las modalidades de cálculo del artículo 64 para los daños.

Proponemos al Grupo de Trabajo que abandone las variantes A y B y que redacte un artículo específico para los perjuicios materiales y otro para los perjuicios inmateriales.

Artículo 66

19. El Consejo subraya que la entrega en los plazos establecidos forma parte de las obligaciones del porteador, en virtud del instrumento. Por consiguiente, el párrafo 1) es suficiente y el párrafo 2) resulta inútil.

Capítulo 9. Títulos de transporte y documentos electrónicos de transporte

20. El Consejo toma buena nota de los artículos 37 a 43. No tienen ninguna observación especial que hacer sobre esos artículos, que retoman la jurisprudencia existente.

21. En lo que respecta a la firma del documento de transporte o del documento electrónico, el Consejo quisiera que el afán de identificación que se deriva del artículo 38 permitiera eliminar las palabras "como agente"* sustituyéndolas por "como porteador", con lo cual se eliminarían las imprecisiones en esta situación.

22. Con respecto al artículo 44 sería conveniente que el texto del convenio fuera más preciso en la redacción sobre el alcance de la reserva formulada por el porteador. El Consejo quiere poner de relieve que una reserva jamás exime al porteador de sus obligaciones con respecto a la mercancía.

Habría sido conveniente que el texto del convenio propusiera una fórmula más sencilla definiendo el carácter de las reservas, de modo que para que pudieran producir efectos, las reservas fueran "precisas" y estuvieran "motivadas".

Ámbito de aplicación y autonomía contractual:

23. El Consejo es partidario de que el ámbito de aplicación sea amplio y de que garantice la previsibilidad de soluciones jurídicas, que es un requisito esencial para la estabilidad de los intercambios comerciales internacionales.

El Consejo no puede aceptar el ámbito de aplicación general especificado en el artículo 8 debido al enunciado del artículo 9.1. d), que establece como (nuevo) principio que el "contrato de volumen" no entra en el ámbito de aplicación del instrumento.

Del mismo modo que para los acuerdos OLSA, concepto teórico al que parece haberse renunciado, la definición que se acaba de dar al "contrato de volumen" en el artículo 1 no justifica de por sí una exclusión del ámbito de aplicación del instrumento.

24. En opinión del Consejo, por principio, la gran mayoría de las operaciones de transporte debería quedar abarcada por el futuro convenio.

Con la excepción de los contratos con póliza de fletamento, que están excluidos, los demás contratos que abarquen múltiples operaciones de transporte, efectuadas con tarifas negociadas y fijadas por un período determinado deberían entrar, por principio, en el ámbito del Convenio. Esos contratos no tienen nada excepcional; su uso es incluso de lo más normal y corriente.

25. En esa categoría entran:

- El "contrato de servicios", reglamentados en la U.S. Shipping Act de 1998. Esos contratos, que en la práctica se utilizan únicamente en los transportes con destino a los Estados Unidos de América o procedentes de dicho país, no contienen más que disposiciones relativas a las condiciones técnicas de ejecución del contrato (compromiso de volumen, tasa de flete

---

* *Nota del traductor*: La expresión "como agente" figura en el artículo 12.

garantizada, penalización en caso de incumplimiento del compromiso, validez mínima del compromiso, etc.). En la práctica se firman actualmente contratos de servicios en que las partes se comprometen a transportar un volumen de diez contenedores al año, e incluso menos.

- El "Ocean Liner Shipping Agreement" (Acuerdo de Transporte por Servicio de Línea) (OLSA), tipo de contrato aún desconocido en la práctica comercial internacional, pero que parece tener las mismas características que el contrato anterior.
- Cualquier otro contrato simplemente definido por una validez por un período determinado, por las cantidades que deben transportarse (con compromiso de volumen o sin él), eventualmente por condiciones operativas precisas y, en todos los casos, por precios libremente negociados.

26. No obstante, el Consejo ha concebido un marco que permite hacer excepción a determinadas reglas de la futura reglamentación, pero de manera específicamente negociada entre las dos partes y estrictamente enmarcada.

27. La posibilidad de hacer excepciones no debería estar subordinada a un tipo de contrato específico imaginado para cada circunstancia (contrato de volumen u OSRA)* sino a una tipología de transportes precisos. En efecto, la posibilidad de hacer excepción al instrumento debería estar vinculada a la necesidad de organizar una estructura jurídica específica encaminada a englobar el transporte:

- De cantidades de mercancías importantes (por ejemplo, una cantidad que pudiera justificar una carga parcial),
- Reglamentado por el marco de condiciones operativas específicas (por ejemplo, la utilización de un muelle privado que justificara una cláusula FIO (franco de carga y descarga), plazos de entrega imperativos que justificaran las penalizaciones en caso de demora),
- Que haya sido objeto de una negociación efectiva entre las partes.

28. Este ejemplo se presenta casi exclusivamente en el marco de los transportes con buques denominados "convencionales". En este caso tan preciso, es, por ejemplo, conveniente dejar que las partes hagan excepciones a las reglas usuales de organización del mantenimiento por las cláusulas FIO/FIOS (franco de carga y descarga/franco de carga, descarga y estibado), lo que justifica las disposiciones del artículo 14.2. Así, ese artículo, al igual que el artículo 11.6, debería limitarse claramente a ese ejemplo.

29. El Consejo subraya que en ningún caso debería autorizarse a las partes a hacer excepción a elementos sustanciales del contrato de transporte, concretamente mediante disposiciones que tendieran a reducir o incluso eliminar la responsabilidad del porteador (véanse los artículos 14.2 y 95). Por consiguiente, el Consejo reclama que los casos que pudieran ser sujetos a excepciones estuvieran definidos y se limitaran a casos previstos por el propio Convenio.

---

* *Nota del traductor*: El texto en francés dice aquí "OSRA", pero quizá se confundió con "OLSA".

30. El "contrato de volumen", tal como se define en el capítulo I dista de tener tales características, al igual que el "contrato de servicio", pues los criterios establecidos para definirlos abarcan casi la totalidad de las relaciones de negocios entre un cargador y un porteador y no presentan, por tanto, ningún carácter excepcional que justifique una excepción al instrumento. Son precisamente la cantidad importante y las condiciones operativas específicas lo que justifican que un contrato especialmente negociado pueda hacer excepciones al convenio, y no la cantidad especificada en una de las remesas previstas durante un período convenido*.

Autonomía contractual

31. El Consejo observa que el espíritu del nuevo Convenio da primacía al contrato y a la autonomía contractual. Por principio, el Consejo es partidario del enfoque contractual y de la autonomía de las partes para contratar bilateralmente. Sin embargo, los cargadores suavizan esta posición de principio al tener en cuenta las relaciones económicas que existan habitualmente entre las partes en un contrato de transporte por líneas regulares.

32. Resulta obvio que en el sector marítimo prevalece una situación de desequilibrio casi estructural entre las partes que va en detrimento de los cargadores.

33. No obstante el hecho de que los armadores o las compañías navieras regulares se benefician de una ventaja exorbitante en derecho común en lo que se refiere a la inmunidad anticonsorcios, estos gozan en general de una posición de negociación mucho más ventajosa que la de los cargadores. Efectivamente, solo una ínfima minoría de los grandes cargadores puede tratar en pie de igualdad con las navieras. En la práctica, la gran mayoría de los cargadores no tiene ningún poder real de negociación sobre los elementos sustanciales del contrato de transporte. Por consiguiente, los cargadores consideran que no debe alterarse la protección que les brindaban convenios anteriores.

34. Esta situación puede ilustrarse con el párrafo 2 del nuevo artículo 14, que da al porteador la posibilidad de cargar a la cuenta del cargador las operaciones que, en el derecho actual, entran expresamente en el ámbito de su responsabilidad. Si a esa posibilidad se le añaden las disposiciones del artículo 95, el porteador podrá liberarse de su responsabilidad en el momento de la carga o de la descarga simplemente porque se le habrá hecho firmar un "contrato" justificado por la aplicación de "una tasa de flete baja". No nos cabe duda de que esa posibilidad representará una gran ventaja para los porteadores comunes no marítimos (NVOCC) y para otros grandes "transitarios" que presionan para que se aumente al máximo la autonomía contractual.

35. El Consejo considera que la carga y la descarga forman parte de las obligaciones sustanciales del porteador y que a ello no pueden hacerse excepciones salvo en condiciones excepcionales como las que se mencionan más arriba. Lo mismo ocurre con los momentos de toma de posesión y de entrega, que son

---

* *Nota del traductor*: Esta frase no está clara en el original francés, pero se ha traducido dándole el significado que parece tener.

elementos demasiado delicados para estar totalmente sujetos a la (¿libre?) elección de las partes.

36. Además, la posibilidad de hacer excepciones sin restricción al instrumento propiciará una desorganización del comercio internacional debido a la situación en la que podrán encontrarse los destinatarios (por ejemplo, en el caso de los contratos CFR, CIF, CIP, etc.), que correrán el riesgo de "heredar" de un contrato de transporte regido por disposiciones que están por debajo de la norma.

37. En efecto, las condiciones de adhesión del destinatario al contrato en que se hacen excepciones que se mencionan en el párrafo 6 b) del artículo 95 no garantizan nada en absoluto ¿Qué capacidad real puede tener un destinatario que espere urgentemente una mercancía (que probablemente ya haya pagado) para rechazar la aplicación de cláusulas que están por debajo de la norma, suponiendo aún que esté suficientemente informado para comprender dichas cláusulas y su importancia? Contrariamente a lo que puedan pensar los miembros del Grupo de Trabajo, por lo general los cargadores disponen de escasos conocimientos del derecho marítimo y están lejos de tener las capacidades de análisis jurídico que se les atribuye.

Observación sobre las cláusulas FIO-FIOS

38. A fin de responder a las inquietudes de ciertos miembros del Grupo de Trabajo en relación con las consecuencias jurídicas de las cláusulas de "franco de carga y descarga/estibado" (FIO/S), que son tal vez la razón por la que se mantiene el artículo 14.2, los cargadores señalan por una parte que la cláusula FIO/S no existe en el sector del trasporte de contenedores, que hoy en día representa más del 90% del transporte total por líneas regulares, y, por otra parte, que, en la práctica, la expresión "a bordo" no afecta más que a la repartición del costo del mantenimiento en la tasa de flete y que no tiene consecuencias en el hecho de que es el porteador quien organiza el mantenimiento y que, por ello, debe ser responsable de él. (N.B. Para el transporte en contenedor, la mayor parte de las tasas de flete son equivalentes a la expresión "a bordo" en los servicios regulares, lo cual induce al porteador a facturar al cargador los gastos de manipulación en la terminal ("Terminal Handling Charges" (THC)) para cubrir los gastos de las terminales y de embarque. Y no es menos cierto que el porteador, que es el único cocontratante del estibador, debe seguir siendo responsable en caso de daños sobrevenidos durante el mantenimiento de los contenedores.)

39. La cláusula FIO/S puede, efectivamente, existir en el transporte "convencional" cuando se trata de remesas de mercancías muy importantes, en cuyo caso la responsabilidad de las operaciones de carga o de descarga debería recaer en la parte que organice esas operaciones (celebración del contrato con el estibador).

40. En tal caso, se recurre al contrato de transporte (conocimiento de embarque con la mención FIO/S) o a un "contrato de volumen" negociado para una serie de operaciones.

Este tipo de operación es suficientemente marginal para poder reglamentarla especificando el ámbito de aplicación del artículo 14.2.

Obligaciones del cargador

41. La puesta de manifiesto, mediante disposiciones específicas, de las obligaciones que deben cumplir los cargadores entra en la lógica de un contexto cada vez más orientado a la responsabilización de todos los actores del transporte. El Consejo se adhiere totalmente a ello. Consideran incluso que la posibilidad de reducir al mínimo esa responsabilidad mediante un convenio contrario amparado por la autonomía contractual que ofrece el artículo 95 no sería aceptable. No obstante, el Consejo desea que las responsabilidades de cada parte se limiten a sus respectivos ámbitos de intervención y de competencia y que, en el marco del instrumento, esa responsabilidad se limite estrictamente al marco contractual, tal como ocurre con las obligaciones del porteador.

42. Así, según el artículo 28, el cargador es responsable del embalaje de sus mercancías, que debe ser suficientemente resistente para llegar sin daños al término del viaje. Asimismo, en caso de transporte con contenedores, el cargador es responsable de la carga de sus mercancías en el interior del contenedor. Estas obligaciones están totalmente justificadas.

43. Lo que inquieta al Consejo no es que se les imponga una responsabilidad en los ámbitos mencionados sino que esa responsabilidad del cargador parezca estar regida por el derecho común y que, por tanto, sea ilimitada. Esa situación pone de relieve un unilateralismo que acentúa el desequilibrio de un proyecto de convenio, ya de por sí desfavorable a los cargadores. Sería conveniente, para el equilibrio del texto, que los cargadores pudieran estar sujetos, en el marco del convenio, a un régimen de la responsabilidad equivalente al que está previsto para el porteador, con una limitación de responsabilidad, ya que las obligaciones del cargador se determinan en el marco contractual.

Cabe interrogarse sobre el motivo de la diferencia de trato entre el cargador y el porteador, que no se explica más que por la existencia de una larga tradición de desequilibrio entre la posición de la naviera y la de los usuarios del transporte marítimo, tanto desde el punto de vista económico como desde el jurídico. Este desequilibrio se observa por ejemplo en lo que se refiere a la responsabilidad dimanante del artículo 30.

44. Si se toma como ejemplo la responsabilidad enunciada en el párrafo b), resulta totalmente realista prever que el cargador que haga de buena fe una declaración errónea relativa a su mercancía o a los datos comerciales entre en conflicto con las disposiciones de evaluación de riesgos que, a partir de ahora, se vinculan a las leyes de seguridad antiterrorista y que se le condene a indemnizar sin límite al porteador marítimo en razón, por ejemplo, de la inmovilización de su buque durante varios días en el puerto por la aduana del país de destino.

45. Para algunas pequeñas y medianas empresas, la sanción económica puede resultar muy difícil de abonar. En el marco de la obligación dimanante del párrafo b) del artículo 30, el proyecto debería prever que, cuando la causa del perjuicio causado al porteador fuera una declaración inexacta de la mercancía por parte del cargador, éste pudiera limitar su responsabilidad (por ejemplo, a X veces el importe del flete).

46. En lo que respecta a la responsabilidad del cargador por incumplimiento de sus obligaciones, cabría también preguntarse si se trata de una responsabilidad por falta o de una responsabilidad de pleno derecho.

El instrumento tampoco dice nada sobre los plazos de prescripción ni sobre la competencia de los tribunales que deberán conocer de las demandas presentadas contra los cargadores.

En virtud del principio de la equidad, en lo relativo a la responsabilidad, la situación del cargador no debería ser más desfavorable que la del porteador.

47. Nota: el nuevo artículo 33 propone una redacción "sesgada" y, por ende, desequilibrada.

En el párrafo 1 se emplean términos peyorativos tales como "ilícito" o "inaceptable para el medio ambiente", que dan una connotación aún más negativa a todo posible incumplimiento por parte del cargador (lo mismo ocurre en el artículo 15). En ningún artículo del capítulo 5, en que se definen las obligaciones del porteador, se emplea ese tipo de vocabulario.

48. Por otra parte, en el párrafo 2, que obliga a colocar etiquetas para indicar los distintos tipos de peligro, no se especifica si esa obligación se comprueba en el momento de la entrega de las mercancías al porteador o si el cargador debe mantener ese etiquetado hasta la entrega (¿cómo podría hacerlo?), lo cual sería inaceptable como obligación. La sanción por el incumplimiento de esta obligación no puede ser otra que la dimanante de la responsabilidad contractual del cargador y, por esta razón, debería ser limitada.

49. La formulación actual, que prevé una responsabilidad ilimitada contra el cargador, pone una vez más en evidencia el desequilibrio en el trato que es sistemáticamente desfavorable a los cargadores, y que caracteriza al instrumento en su forma actual.

Derecho de control

Artículo 54 y siguientes

50. El Consejo desea que se reconozca el principio conforme al cual el cargador conserva un derecho de control sobre la mercancía mientras esta no haya sido entregada. En la práctica, la organización de operaciones de transporte de puerta a puerta, que son largas y complejas, obliga cada vez más a los cargadores a modificar sus instrucciones durante el transporte a fin de adaptarse a todas las circunstancias aleatorias, concretamente en lo mercantil.

Hoy en día estas solicitudes de modificación dependen únicamente de la negociación comercial y, en la práctica, dependen únicamente de la voluntad del porteador debido a la relación de desequilibrio que existe entre el porteador y el cargador.

Por consiguiente, el artículo 54 y siguientes deberían permitir organizar y gestionar este tipo de situación en un marco legal y permitir también afirmar que el contrato de transporte no priva al cargador de enajenar su mercancía.

51. A fin de que ese principio pudiera aplicarse sin cuestionamientos, el Consejo sería partidario de que se ajustara el artículo 54 y de que, en vez de evocar el derecho a dar al porteador instrucciones sobre la mercancía, el texto afirmara claramente el principio en virtud del cual el cargador (o la parte controladora, así como el tenedor regular del conocimiento de embarque) debiera conservar un derecho (automático y unilateral) sobre la mercancía en tanto en cuanto esta no hubiera sido entregada o el conocimiento de embarque no hubiera sido transmitido (por oposición a la modificación del propio contrato que, por naturaleza, es bilateral) y que pudiera dar instrucciones relativas al funcionamiento del transporte.

52. El enunciado del artículo 54 podría, entonces, decir lo siguiente:

> "El derecho de control designa el derecho que tiene el cargador a modificar el contrato de transporte y el derecho dimanante de dicho contrato a dar al porteador instrucciones relativas a las modalidades de transporte de las mercancías durante su período de responsabilidad" (...).

53. Por lo que respecta al artículo 55 y la puesta en práctica del derecho de control, el Consejo lamenta que el texto modificado otorgue a partir de ahora únicamente ese derecho a la parte controladora y que el cargador ya no pueda ejercerlo como parte controladora *a priori*.

54. El enunciado anterior (artículo 54 del documento A/CN.9/WG.III/WP.32) era preferible en esta cuestión, pues se basaba en la práctica de los negocios. Además, la obligación de mencionar toda modificación del documento de transporte (artículo 55, párrafo 2) demuestra un desconocimiento de las realidades prácticas. En efecto, el problema del control de la mercancía se plantea cuando el cargador ha transmitido su documento de transporte y cuando precisa un marco jurídico concreto para poder dar rápidamente instrucciones de modificación del funcionamiento del transporte.

55. Efectivamente, en la práctica, cuando el tenedor de un documento de transporte es un banco debido a su condición de instrumento de pago, puede ser necesario dar rápidamente al porteador instrucciones sobre la mercancía. En este supuesto, las soluciones mencionadas en el artículo 55.2, basadas en el traspaso del documento de transporte, son inapropiadas cuando es necesario actuar con rapidez. Convendría disociar al tercero que fuera tenedor regular del documento de transporte (por ejemplo, al banco), al que a menudo no le importan las modalidades de transporte, de la parte controladora, preservando los derechos del tercero tenedor.

56. El Consejo sugiere, pues, a los redactores del Grupo de Trabajo que prevean modalidades rápidas para la aplicación de ese derecho a modificar las instrucciones al porteador sin limitarlo exclusivamente a la clásica transmisión del documento de transporte.

57. Sería asimismo conveniente prever un párrafo complementario en que se especificara lo siguiente: El tenedor del documento de transporte (que ya no sea el cargador) puede dar al porteador instrucciones por todos los medios escritos seguros, de ejecutar las instrucciones que le dará una parte específicamente designada y que el porteador deberá ejecutar cuando reciba la confirmación de dichas instrucciones por parte del cargador o de la última parte controlante cuya designación le haya sido oficialmente notificada.

58. El Consejo considera que el artículo 55* es un elemento clave de este nuevo dispositivo. Por ello, rechazan la variante A que, en su párrafo c), dificulta mucho en la práctica la aplicación de los párrafos a), b) y c) del artículo 54.

En efecto, es muy posible, y ello se toma en consideración en la decisión del cargador o de la parte controladora, que una modificación de las instrucciones pueda acarrear costos suplementarios, pero esta situación no debe crear un bloqueo, a condición que se mantenga dentro de límites razonables.

En opinión del Consejo, la redacción de la variante B es la más eficaz.

59. Esa redacción plantea el principio de la obligación de actuar, que recae en el porteador (párrafo a)), pero también fija límites al derecho conferido por el artículo 54.

El Consejo reconoce que la demanda debe ser razonable y compatible con las limitaciones de la expedición marítima, y, con ese fin, proponen que, en el párrafo c) de la variante B se agregue el concepto de (molestia) "importante".

El Consejo considera que los gastos adicionales, que serían consecuencia de un cambio en las instrucciones, no deben constituir un motivo que permita al porteador rechazar esas nuevas instrucciones. Este punto tiene como corolario la obligación enunciada en el párrafo 2 de reembolsar los gastos suplementarios (por ejemplo, los párrafos a) y b) del artículo 3 también son necesarios para permitir que un cargador solicite a un porteador que asuma un "riesgo" operativo y/o económico ofreciéndole una garantía frente a las consecuencias de la asunción de ese riesgo).

60. En un orden de ideas similar, es lógico que el porteador sea responsable de las consecuencias de que se rehúse respetar las instrucciones del artículo 54 (artículo 57 v. B.4)*. Asimismo, es lógico que el porteador, al respetar las nuevas instrucciones, siga siendo, no obstante, responsable de las obligaciones habituales que tiene el porteador en el marco de un contrato de transporte.

Es preciso que este punto, en caso de modificación (razonable), quede necesariamente integrado entre las obligaciones del porteador.

El enunciado actual hace pensar en una especie de cláusula de cambio de derrota ("deviation clause"), pero a la inversa. A fin de articular claramente esa doble responsabilidad (la responsabilidad por los perjuicios causados al negarse a aceptar nuevas instrucciones y la responsabilidad ordinaria del porteador una vez que haya aceptado la modificación de las instrucciones), resulta necesario redactar el artículo 57 de forma más precisa.

Una vez más, el Consejo subraya que esa nueva construcción jurídica, que es necesaria en la práctica de los negocios, no debería verse mermada por la posibilidad ofrecida de inmediato de hacer excepción a ella, lo cual equivale a una modificación del contrato.

---

* *Nota del traductor*: El texto francés dice "artículo 55", pero el comentario más bien parece referirse al artículo 57.

* El texto francés hace referencia a la "variante B, párrafo 4", pero el párrafo 4 no es parte de la variante B.

En este punto, el artículo 60 es contraproducente.

Traspaso de derecho

61. El Consejo acoge favorablemente la toma en consideración de las grabaciones electrónicas como medio de traspaso de los derechos del mismo modo que se traspasan con la transmisión tradicional del documento de transporte.

Sin embargo, el artículo 62.2 nos parece particularmente peligroso debido a la orientación actual del Grupo de Trabajo, que tiende a hacer prevalecer la autonomía contractual de las partes sobre la función de protección de los cargadores que se había consignado hasta la fecha en los convenios marítimos internacionales.

En efecto, existe el riesgo de que ese artículo tenga como consecuencia hacer soportar al destinatario los compromisos contractuales contraídos por el expedidor a los que pueda hacerse excepción.

Así, el cargador que habrá negociado un flete muy económico asumiendo las obligaciones del artículo 14, que de ordinario son responsabilidad del porteador, transmitirá esa obligación al destinatario (tenedor del documento de transporte) en cuanto figure en el documento de transporte una cláusula *ad hoc*, aunque sea simplemente una mención, por ejemplo, de una cláusula "Free In & Out", agregada mediante un simple sellado.

62. Este artículo constituye una ilustración perfecta de las razones por las cuales el Consejo se opone a la orientación que ha adoptado el Grupo de Trabajo en ciertos aspectos para permitir que se haga excepción a todas las reglas básicas del derecho internacional del mar, puesto que existe un "contrato" entre el cargador y el porteador.

63. Si se mantuviera el enunciado actual del artículo 62.2, merecería la pena aclararlo, e incluso reconsiderarlo, ya que parece imponer al tenedor que no es el cargador, más obligaciones que las que éste tiene por derecho, cuando no ha participado en la negociación del contrato. Existe, pues, el riesgo de que la parte controladora deba asumir las obligaciones que corresponden al cargador (pago del flete muerto, sobrestadía, etc.), pero también las que normalmente corresponden al porteador, pero que el cargador habrá asumido (artículo 14).

Duración de la responsabilidad

64. El Consejo considera que la redacción del artículo 11 constituye un claro retroceso en relación con los progresos que constituían las Reglas de Hamburgo (artículo 4) y también en relación con las soluciones adoptadas en los convenios más modernos en materia de transporte internacional.

Por una parte, el Consejo observa la merma del fundamento del principio que rige la responsabilidad del porteador, a saber, la custodia de la mercancía, concepto que permitía delimitar con precisión el período que mediaba entre el inicio y el final de la custodia de la mercancía.

El Consejo observa que la merma de esa regla, que repercute directamente en la responsabilidad del porteador, dimana una vez más de la voluntad de introducir sistemáticamente una posibilidad de hacer excepciones a todos los elementos sustanciales del derecho marítimo internacional.

El Consejo se opone enérgicamente a esta orientación, sobre todo teniendo en cuenta que los párrafos 2 y 3 del artículo 11 permiten que el momento y el lugar se definan no solo en el contrato de transporte, lo cual en la práctica nunca es cuestionable, sino también conforme a los usos y costumbres del comercio. Así, el concepto de custodia pasaría a ser un factor residual.

65. El párrafo 6 del artículo 11 introduce de nuevo la cuestión del buen fundamento de la autonomía contractual. El texto del artículo 11.6 se comprende si se trata de adecuar la práctica, rara en porcentajes pero bien real, de la celebración de contratos de transporte (no especialmente repetitivos) que cubren una operación fuera de lo común debido a la cantidad importante de mercancías a transportar en una sola remesa (transporte casi exclusivamente realizado en buques convencionales) y que justifica así la negociación de una cláusula FIO(S). Nos encontramos en un contexto cercano a los servicios irregulares, en que la carga es realizada a menudo por el cargador y, por tanto, resulta lógico tenerlo en cuenta para apreciar el momento en que da comienzo la responsabilidad del porteador (y lo mismo en el momento de la llegada).

Pero si se trata de permitir que el porteador, en el marco de un transporte por línea regular (que en el 99% de los casos es realizado por un buque de transporte de contenedores), demore la toma de posesión de las mercancías aprovechando a la vez los efectos del artículo 14.2 y del artículo 11.6, entonces el Consejo se opone totalmente a esta maniobra y reiteran su rechazo de una autonomía contractual específicamente concebida para aventajar al porteador marítimo.

66. Por último, y no se trata de la disposición menos importante, para permitir al porteador eludir su responsabilidad como porteador intermodal, la posibilidad que se le ofrece, por medio del artículo 12, de ampararse en el estatuto jurídico del "transitario - intermediario de transporte", anula de hecho toda posibilidad de que el porteador, que efectuará un transporte de puerta a puerta, asuma una responsabilidad global desde el principio hasta el final. El Consejo conoce por experiencia las cláusulas preimpresas de los conocimientos de embarque (contratos de adhesión) mediante las cuales los porteadores tratan de limitar la duración de su período de responsabilidad.

En adelante, si se acepta, la "autonomía contractual" permitirá incluso al porteador que realice un transporte de puerta a puerta estar exento de toda responsabilidad (!). Este retroceso a las prácticas anteriores al Convenio de Bruselas y la inseguridad que provoca no puede ser aceptada por el Consejo, que pide que el enunciado del artículo 12 se calque del artículo 4 del Convenio de Hamburgo.

Entrega al destinatario, artículos 46 a 52

67. El Consejo se felicita de que el Grupo de Trabajo haya tratado de hallar soluciones de derecho a situaciones concretas que antes no estaban reglamentadas o lo estaban escasamente. La afirmación de una obligación de asumir la entrega que corresponde al destinatario es lógica y no admite cuestionamiento, y las disposiciones del artículo 46 y siguientes que organizan esta situación son

bienvenidas, bajo ciertas reservas importantes de los puntos que se plantean a continuación.

Cabe señalar que el destinatario, en ciertos casos, puede encontrarse en la imposibilidad de asumir efectivamente la entrega de la mercancía en el momento convenido por razones imputables a la legislación del país de destino, por ejemplo, la legislación aduanera.

Por esta razón, parece conveniente que, en la medida en que el destinatario o la parte controladora están identificados y les resulta imposible asumir la entrega, siga vigente la responsabilidad del porteador O de la parte ejecutante (deben suprimirse los corchetes) hasta que la entrega pueda ser efectuada.

68. Por lo que respecta al artículo 48, cuya utilización debería ser marginal, los cargadores preferimos la variante A del párrafo b).

69. En cuanto al artículo 49, tiene un alcance mucho más amplio, por lo que el Consejo le ha prestado mucha atención.

El Consejo hace suyas las disposiciones que tienden a resolver las cuestiones prácticas relativas a la entrega de las mercancías. Sobre este punto, apoyan el enunciado de este artículo, y concretamente el de los incisos i) y ii) del párrafo a) y el del párrafo b).

70. Con el fin de que se resuelvan dos problemas operativos recurrentes, el Consejo pide al Grupo de Trabajo que tome en consideración el caso en que el destinatario real no tiene en su poder el documento de transporte (por ejemplo, el conocimiento de embarque a la orden, en blanco) cuyo traspaso se haya visto demorado por las modalidades de pago de la mercancía (documentos de acreditación, pago previa presentación de documento) o por un simple retraso en la transmisión.

71. Este destinatario puede tener interés en asumir la entrega a fin de evitar los gastos de estacionamiento o simplemente porque necesita urgentemente la mercancía.

En este caso se trata de permitir que el porteador entregue la mercancía al destinatario que pueda figurar como persona a la que hay que notificar, sin presentación del documento de transporte previo acuerdo del porteador (por ejemplo, del banco) y del cargador (o de la parte controladora, cuando esta no sea el cargador). Sería deseable modificar en ese sentido el artículo 49 a) i).

Por otra parte, también sería conveniente agregar al texto una cláusula destinada a impedir que el porteador pueda insertar en sus documentos de transporte una disposición que le autorice a entregar una mercancía previa presentación de lo que él crea razonablemente que es un conocimiento de embarque auténtico. En ese caso, sería lógico que la responsabilidad de esta entrega culposa recayera en el porteador, imponiéndole la obligación de ejercer, respecto de sus propios documentos de transporte tal vez falsificados, un control que vaya más allá de lo simplemente “razonable”.

R. Preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: propuesta del Japón, presentada al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 17º período de sesiones

(A/CN.9/WG.III/WP.65) [Original: inglés]

Nota de la Secretaría

En preparación del 17º período de sesiones del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte), el Gobierno del Japón presentó un texto con una propuesta sobre las disposiciones relativas al ámbito de aplicación del proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías para que lo examinara el Grupo de Trabajo. El texto de esa propuesta se adjunta como anexo de la presente nota tal como lo recibió la Secretaría.

Anexo

Introducción

1. En el apartado c) del párrafo 1 del proyecto de artículo 8 se dispone que el presente proyecto de convenio será aplicable a todo contrato internacional de transporte siempre que "*en el contrato de transporte se haya estipulado que dicho contrato se regirá por el presente Convenio, o por la ley de algún Estado que lo haya declarado aplicable*".

2. Ese artículo se examinó en el 15º período de sesiones del Grupo de Trabajo, ocasión en que las opiniones discreparon en cuanto a la necesidad de mantenerlo o suprimirlo. A favor de la retención de esa disposición se adujo el siguiente argumento: la misma regla se enuncia en el apartado c) del artículo 10 de las Reglas de La Haya-Visby, que amplía la aplicación del régimen uniforme, especialmente en el tráfico de mercancías a través de Estados que no sean parte en el Convenio (véase A/CN.9/576, párr. 61). La delegación del Japón estima que ese argumento a favor de mantener la disposición no es convincente, dada la diferencia entre los textos del proyecto de convenio y el de las Reglas de La Haya-Visby y que, de incorporarse al Convenio, podría causar varias dificultades jurídicas.

Antecedentes históricos

3. El apartado c) del párrafo 1 del proyecto de artículo 8 se deriva del apartado c) del artículo 10 de las Reglas de La Haya-Visby, posteriormente adoptado tal cual en las Reglas de Hamburgo. Cabe observar que los demás convenios de transporte existentes no contienen ninguna regla análoga. Dado el carácter excepcional y singular de la disposición, sería útil conocer los antecedentes históricos del Protocolo de Visby, en el que se enunció por primera vez esa regla, para poder así determinar si es necesario mantener en el proyecto de convenio el apartado c) del párrafo 1 del proyecto de artículo 8. Se verá que la inclusión de ese apartado ampliaría el ámbito de aplicación del proyecto de convenio mucho más de lo que se pretendía en el Protocolo de Visby.

4. La disposición del texto original de las Reglas de La Haya tenía una aplicación muy restringida: abarcaba únicamente los conocimientos de embarque formalizados en uno de los Estados Contratantes. Por consiguiente, las Reglas de La Haya no son aplicables necesariamente, por ejemplo, aun en el caso de que el transporte tenga como destino un Estado Contratante (los conocimientos se emiten en un Estado no Contratante) y la ley elegida por las partes sea la ley de los Estados Contratantes. Durante el proceso de redacción del Protocolo de Visby se reconoció que debía ampliarse el ámbito de aplicación para subsanar su carácter restringido.

5. En la etapa final de las deliberaciones de la Conferencia Diplomática sobre el Protocolo de Visby, se presentaron dos propuestas contrapuestas, a saber:

1) Las disposiciones del presente Convenio se aplicarán a todo conocimiento de embarque relativo al transporte de mercancías entre puertos de dos Estados diferentes cuando: a) el conocimiento sea emitido en un Estado Contratante, o b) el transporte tenga su punto de partida en

un puerto de un Estado Contratante, o c) el contrato consignado en el conocimiento o probado por él estipule que el contrato se regirá por las disposiciones del presente Convenio o de cualquier otra legislación que las aplique o les dé efecto, sea cual fuere la nacionalidad del buque, del porteador, del cargador, del consignatario o de cualquier otra persona interesada.

2) Las disposiciones del presente Convenio se aplicarán a todo conocimiento correspondiente al transporte de mercancías de un Estado a otro, cuando en virtud de ese conocimiento el puerto de carga, de descarga o uno de los puertos facultativos de descarga esté situado en un Estado parte en el Convenio, sea cual fuere la ley que rija ese conocimiento y sea cual fuere la nacionalidad del buque, del porteador, del cargador, del consignatario o de cualquier otra persona interesada.

6. En la votación realizada en la sexta sesión plenaria, celebrada el 21 de febrero de 1968, se aprobó la propuesta enunciada en el apartado 1) *supra* (véanse los *travaux préparatoires* del Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque de 25 de agosto de 1924 (Reglas de La Haya) y de los Protocolos de 23 de febrero de 1968 y de 21 de diciembre de 1979 (Reglas de La Haya-Visby), Comité Marítimo Internacional (CMI), 1997, págs. 714 a 741 del texto inglés).

7. Cabe destacar que en la Conferencia de Visby se planteó la opción de extender la aplicación de la disposición 1) al transporte de salida y a los contratos regidos por la ley del Estado Contratante (además de aplicarse al conocimiento formalizado en todo Estado Contratante, que ya estaba comprendido en las Reglas de La Haya) o 2) al transporte tanto de entrada como de salida. No se pretendía que el Convenio se aplicara al transporte de un Estado no Contratante a otro Estado no Contratante, como sugieren los delegados que respaldan el apartado c) del párrafo 1 del artículo 8 del actual proyecto de convenio.

8. Podría aducirse que siempre conviene que el proyecto de convenio tenga más amplitud y que no hay motivos para oponerse a que se extienda su ámbito de aplicación, independientemente de la finalidad que hubiera tenido el Protocolo de Visby. Ese argumento es válido siempre y cuando su ampliación no tenga efectos contraproducentes. Lamentablemente, acarrearía problemas innecesarios.

Diversas dificultades que plantearía el apartado c) del párrafo 1) del proyecto de artículo 8

9. Varios delegados han expresado preocupación por el texto del apartado c) del párrafo 1) del proyecto de artículo 8, a saber:

1) En primer lugar, cabe observar que no hay una interpretación común del sentido del apartado c) del artículo 10 de las Reglas de La Haya-Visby. En algunos Estados, la disposición es vista como una regla de elección de foro que posibilitará por ley la aplicación del Convenio. En otros, se considera que la disposición meramente confirma la práctica de "incorporación sustantiva", que alude a la inclusión voluntaria por las partes de las disposiciones del Convenio en el contrato (denominada

"cláusula principal" (paramount)). Con frecuencia se examina el carácter de la disposición en relación con ciertas cuestiones, como la de si el Convenio es aplicable directamente, sin tomar en consideración las normas de determinación del derecho aplicable del foro. Si se mantiene en el Convenio el apartado c) del párrafo 1 del proyecto de artículo 8, se producirá el mismo debate.

2) Además, a diferencia de las Reglas de La Haya-Visby, el proyecto de convenio incluye en los capítulos sobre las vías judicial y arbitral muchas disposiciones que se califican de normas procesales. Si se mantiene el apartado c) del párrafo 1 del proyecto de artículo 8, esas disposiciones serán aplicables también cuando las partes convengan en que el contrato se regirá por el proyecto de convenio. Se trata de una extraña y marcada excepción a la regla universalmente aceptada de que las cuestiones procesales se rigen por la *lex fori*.

3) La aplicación del proyecto de convenio a la parte ejecutante marítima complicaría más el panorama. Supóngase que el porteador (porteador que no opera el buque) se hiciera cargo de transportar mercancías de un Estado no Contratante a otro Estado no Contratante y la parte ejecutante marítima (porteador marítimo) fuera la que efectivamente transportara las mercancías por mar. Supóngase, además, que el porteador y el cargador convienen en que el presente proyecto de convenio, o la ley del Estado que lo haya declarado aplicable, ha de regir el contrato. Si se mantiene el apartado c) del párrafo 1 del proyecto de artículo 8, el proyecto de convenio se aplicaría en el supuesto mencionado y la parte ejecutante marítima entraría en el ámbito del proyecto de convenio. Es una consecuencia controvertible que la parte ejecutante marítima que cumplió sus funciones durante una travesía entre dos Estados no contratantes quede sometida a las normas del proyecto de convenio, incluidas las relativas a la posibilidad de que el titular de la carga entable una acción directa en su contra, por el mero hecho de que el porteador convino en aplicar el proyecto de convenio.

4) Por último, se observó también que el apartado c) del párrafo 1 del proyecto de artículo 8 permitiría que las partes eludan los reglamentos imperativos e incluso las normas de orden público del Estado Contratante cuando opten por aplicar el proyecto de convenio a contratos que de otra forma habrían de regirse por la ley de los Estados Contratantes. Si bien la preocupación específica de la delegación del Japón no radica en ese problema, se ha señalado que el apartado c) del artículo 10 de las Reglas de La Haya-Visby ha planteado en algunos países problemas de índole constitucional (véase A/CN.9/576, párr. 61).

10. Ante los inconvenientes enumerados, no puede afirmarse con ligereza que conviene mantener el apartado c) del párrafo 1 del proyecto de artículo 8 simplemente como forma de ampliar el ámbito de aplicación del proyecto de convenio. Los apartados a) y b) del párrafo 1 del actual proyecto de artículo 8 ya prevén un ámbito geográfico de aplicación suficientemente extenso en comparación con las Reglas de La Haya y las Reglas de La Haya-Visby, sin que haya necesidad de ampliarlo aún más.

Conclusión

11. Por las razones expuestas, la delegación del Japón propone eliminar el apartado c) del párrafo 1 del proyecto de artículo 8.

S. Preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: contratos de volumen: documento presentado por el Comité Marítimo Internacional al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 17º período de sesiones

(A/CN.9/WG.III/WP.66) [Original: inglés]

Nota de la Secretaría

En su 16º período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en que, para agilizar más la preparación del proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías, se preparara un documento explicativo sobre la regulación de los contratos de volumen en el proyecto de convenio a efectos de comprender mejor sus repercusiones jurídicas y prácticas. En respuesta a la sugerencia de que se pidiera la colaboración del Comité Marítimo Internacional (CMI) para emprender esa labor, el CMI se declaró dispuesto a prestar asistencia al Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/591, párr. 244).

Anexo

Contratos de volumen

I. Introducción

1. En el 16º período de sesiones del Grupo de Trabajo, un gran número de delegaciones apoyó la idea de que se preparara un documento explicativo sobre la regulación de los contratos de volumen en el proyecto de convenio con el fin de poner de relieve sus repercusiones jurídicas y prácticas. Se sugirió asimismo pedir al Comité Marítimo Internacional (CMI) que colaborara en esa labor (véase A/CN.9/591, párr. 244). El presente documento responde a esa solicitud.

2. El CMI se ha basado en el proyecto de convenio que figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.56, e igualmente ha consultado y tenido en cuenta el proyecto final de propuesta de Finlandia que se publicará como documento de trabajo para el 17º período de sesiones con la signatura A/CN.9/WG.III/WP.61, y en el que se proponen enunciados diferentes de los apartados b) y c) del proyecto de artículo 1 y de los proyectos de artículo 8, 9, 10, 20, 94, 95 y 96.

Definición de "contrato de volumen"

3. En el inciso b) del artículo 1 del proyecto de convenio que figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.56, "contrato de volumen" se entiende:

> *"todo contrato que prevea el transporte de cierta cantidad de carga en una serie de remesas, durante cierto período de tiempo contractualmente estipulado. Cabrá estipular una cantidad mínima y máxima, así como una cierta escala de cantidades."*

En el documento A/CN.9/WG.III/WP.61 se propone enmendar la definición al principio de manera que diga:

> *"todo contrato que prevea el transporte de cierta cantidad de mercancías ...".*

Antecedentes y legislación internacional en vigor

4. El concepto de contrato de volumen, que prevé el transporte de una determinada carga en una serie de remesas, durante cierto período de tiempo contractualmente estipulado, está bien arraigado en el tráfico de carga seca a granel y en el transporte del crudo, en los que se denomina a menudo contrato de fletamento (*CoAs*, sus siglas en inglés) o contrato de arqueo. Suelen recurrir a ese tipo de instrumentos, por ejemplo, los vendedores "franco a bordo" (FOB) que convienen un contrato de compraventa a largo plazo a fin de asegurarse de que dispondrán de una plaza para su volumen de carga y de tramitar el flete pagadero en destino. En 1982 el Consejo Marítimo Internacional y del Báltico (BIMCO) publicó un contrato modelo de fletamento por volumen de carga para el transporte de cargas secas a granel, cuyo nombre en código es VOLCOA[1]; en él se recogen las cláusulas que suelen utilizarse en ese ramo del tráfico marítimo. En el formulario se establece

[1] Se revisó y volvió a publicar en noviembre de 2004 como contrato modernizado de fletamento para carga seca a granel con el código GENCOA.

un período convenido de duración del contrato, el volumen total que ha de transportarse y el volumen por remesa. Se establece asimismo que todos y cada uno de los viajes por realizarse con arreglo a ese contrato se regularán por las cláusulas y condiciones de un contrato de fletamento marítimo como el que se recoge en el formulario tipo adjunto. En 1980 la Asociación Internacional de Propietarios Independientes de Petroleros (INTERTANKO) publicó un formulario tipo de contrato de fletamento en petroleros, denominado INTERCOA 80 (que el BIMCO ha adoptado). En ese formulario se prevé acordar un período contractual determinado, el volumen de carga que ha de transportarse por año y el volumen por remesa. Cada viaje se realizará de conformidad con las cláusulas del contrato de fletamento que figuran en el formulario INTERTANKVOY 76. Los contratos de volumen con disposiciones similares a las que se estipulan en los formularios VOLCOA e INTERCOA no están comprendidos en los ámbitos de aplicación de las Reglas de La Haya, las Reglas de La Haya-Visby y las Reglas de Hamburgo. Por consiguiente, en la actualidad no están sujetos a un régimen internacional imperativo. En virtud del apartado 3) del proyecto de artículo 9, que se examina en el párrafo 8 *infra*, el proyecto de convenio que figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.56 no modifica el criterio en uso (véase A/CN.9/572, párr. 89).

5. No obstante, en la actualidad las remesas que se transportan en el marco de un contrato de volumen pueden estar reguladas por un régimen imperativo. En el artículo V de las Reglas de La Haya y las Reglas de La Haya-Visby se estipula que *"si se expiden conocimientos en el caso de un buque sujeto a una póliza de fletamento, quedarán sometidos a los términos del presente Convenio."* De forma análoga, en el párrafo 3 del artículo 2 de las Reglas de Hamburgo se dispone que *"cuando se emita un conocimiento de embarque en cumplimiento de un contrato de fletamento, las disposiciones del Convenio se aplicarán a ese conocimiento de embarque si éste regula la relación entre el porteador y el tenedor del conocimiento de embarque que no sea el fletador."* Además, en el párrafo 4 del artículo 2 de las Reglas de Hamburgo se establece que, *"si en un contrato se prevé el transporte futuro de mercancías en embarques sucesivos durante un plazo acordado, las disposiciones del presente Convenio se aplicarán a cada uno de esos embarques"*. Por consiguiente, las Reglas de La Haya, las Reglas de La Haya-Visby o las Reglas de Hamburgo, según sea el caso, podrían aplicarse a conocimientos de embarque expedidos en el marco de un contrato de fletamento que regule cada viaje previsto en un contrato de volumen o directamente en el marco del contrato de volumen en sí.

II. A/CN.9/WG.III/WP.56 y A/CN.9/WG.III/WP.61

Exclusiones

6. En el apartado d) del párrafo 1 del proyecto de artículo 9 que figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.56 se dispone que el proyecto de convenio no será aplicable a ningún contrato de volumen, salvo lo dispuesto en el párrafo 3 del proyecto de artículo 9. En el documento A/CN.9/WG.III/WP.61 se diferencia el transporte por servicio de línea del transporte por servicio no regular. En el apartado a) del párrafo 2 del proyecto de artículo 9 del documento A/CN.9/WG.III/WP.61 se dispone que, sin menoscabo alguno de lo dispuesto en el apartado b) del párrafo 2 del proyecto de artículo 9, el proyecto de convenio no será aplicable a los contratos de

transporte por servicio no regular. Por lo tanto, un contrato por volumen de carga que se utilice para los fines del transporte por servicio no regular sigue quedando excluido del ámbito de aplicación del proyecto de convenio, salvo en los supuestos previstos en el apartado b) del párrafo 2 del proyecto de artículo 9. Respecto del transporte por servicio de línea, en el párrafo 1 del artículo 9 enunciado en el documento A/CN.9/WG.III/WP.61 se excluyen únicamente:

> *"a) los contratos de fletamento y b) los contratos para la utilización de un buque o de algún espacio en el interior del buque, sean o no contratos de fletamento."*

Se considera que los contratos de volumen que se utilicen para los fines del transporte por servicio de línea son contratos de transporte no sometidos a esa exclusión, que en consecuencia seguirán entrando en el ámbito de aplicación del proyecto de convenio (véase A/CN.9/WG.III/WP.61, párr. 31).

7. La finalidad del proyecto de artículo 10 del proyecto de convenio como se enuncia tanto en el documento A/CN.9/WG.III/WP.56 como en el documento A/CN.9/WG.III/WP.61 es mantener el criterio prevaleciente, al menos en las Reglas de La Haya y las Reglas de La Haya-Visby, respecto de lo que en forma lata puede describirse como personas que no son partes (véanse A/CN.9/572, párr. 96 y A/CN.9/WG.III/WP.61, párr. 37). No obstante, puede observarse que el proyecto de artículo 10 enunciado en el documento A/CN.9/WG.III/WP.56 se asemeja al párrafo 3 del artículo 2 de las Reglas de Hamburgo. Si bien en el proyecto de artículo 10 se mantiene el criterio descrito en el párrafo 5 *supra* en lo referente a los conocimientos de embarque, la aplicación del régimen imperativo se hace extensiva a los títulos de transporte no negociables y a los documentos electrónicos de transporte.

8. En virtud del apartado a) del párrafo 3 del proyecto de artículo 9 enunciado en el documento A/CN.9/WG.III/WP.56, el proyecto de convenio se aplica a las cláusulas que regulan el transporte de cada remesa en el marco de un contrato de volumen (en la medida en que así se prescriba en los proyectos de artículos 8, 9 y 10) y se asemeja al párrafo 4 del artículo 2 de las Reglas de Hamburgo. En el apartado b) del párrafo 3 del proyecto de artículo 9 aparentemente se va más lejos y se aplica el proyecto de convenio a las cláusulas del propio contrato de volumen, aunque únicamente en la medida en que dichas cláusulas regulen alguna remesa que se transporte en el marco de dicho contrato. La finalidad de esa disposición se explica en el párrafo 65 del documento A/CN.9/576. El párrafo 24 del documento A/CN.9/WG.III/WP.61 se refiere a los problemas que plantea el enunciado del proyecto de artículo 9 en el documento A/CN.9/WG.III/WP.56 y en el comentario se puntualiza que el texto del proyecto de artículo 9 que se propone en el documento A/CN.9/WG.III/WP.61 tiene por objeto precisar lo que se excluye del ámbito de aplicación del proyecto de convenio. La finalidad de la excepción a la exclusión del apartado b) del párrafo 2 del proyecto de artículo 9 se explica en el párrafo 29 del documento A/CN.9/WG.III/WP.61.

9. La exclusión del ámbito de aplicación del proyecto de convenio de contratos de volumen que se utilicen para los fines del transporte por servicio no regular, mencionada anteriormente, se aplica por igual a los contratos de volumen en tráficos que no son el de la carga seca a granel ni el de crudo. No obstante, tal vez en cierto tipo de tráfico se utilicen cartas de porte marítimas u otro título de transporte no negociable a los que las Reglas de La Haya y las Reglas de La Haya-Visby podrían no aplicarse. Actualmente, en virtud de los párrafos 3 y 4 del artículo 2 de las Reglas de Hamburgo, tanto el propio contrato de volumen de carga como los embarques previstos en él pueden no estar sometidos a los regímenes imperativos en algunos ramos del transporte. Sin embargo, como se señala en el párrafo 7 *supra*, según el proyecto de convenio, los títulos de transporte y los documentos electrónicos de transporte no negociables entran en su ámbito de aplicación.

Contratos de servicios

10. Gran parte de las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre el transporte por servicio de línea se ha centrado en la regulación de los contratos de servicios y de acuerdos análogos. Esa expresión no se usa ni se define en el proyecto de convenio enunciado en el documento A/CN.9/WG.III/WP.56 ni en el del documento A/CN.9/WG.III/WP.61. Ahora bien, el concepto de "contrato de servicios" sí se define en el artículo 19 de la sección 3 de la Ley de Transporte Marítimo de 1984 (*Shipping Act of 1984*) de los Estados Unidos enmendada por la Ley de reforma de esa Ley, de 1998 (*Ocean Shipping Reform Act of 1998*), que en conjunto se denominan Leyes de Transporte Marítimo de los Estados Unidos. En ellas por "contrato de servicios" se entiende:

> *"un contrato escrito, que no sea un conocimiento de embarque ni un recibo, concertado entre uno o varios cargadores y un naviero o porteador marítimo individual, o un acuerdo entre dos o varios navieros o porteadores marítimos por el que el cargador o los cargadores convienen en proporcionar un determinado volumen o lote de cargamento durante un período acordado y el porteador marítimo o los porteadores marítimos convienen en cobrar un precio o un baremo de transporte determinado y en prestar un conjunto de servicios establecidos, como garantizar una plaza en el buque, un tiempo de tránsito y escalas portuarias fijadas de antemano, o servicios con características similares. En el contrato podrán estipularse asimismo disposiciones en caso de incumplimiento de alguna de las partes."*

Los conceptos de "naviero o porteador" y de "naviero o porteador marítimo" se definen también en las Leyes de Transporte Marítimo de los Estados Unidos[2]. Un contrato de servicios entendido en el sentido descrito coincide con la definición de contrato de volumen que se enuncia en el apartado b) del artículo 1 del proyecto de convenio por el hecho de que "durante un período acordado" supone una serie de remesas.

---

[2] En el derecho consuetudinario y jurisprudencial, un porteador, o naviero público, ofrece servicios de transporte por una remuneración a cualquiera que desee utilizarlos. Un naviero o porteador está sometido a un régimen jurídico estricto, que el naviero o porteador suele mitigar, puesto que puede limitar por contrato la responsabilidad de aquél, a reserva de las restricciones impuestas por los regímenes imperativos vigentes.

11. La explicación del régimen normativo del transporte cuyo punto de partida y de destino sean los Estados Unidos, que se establece en las Leyes de Transporte Marítimo de ese país, no es tema del presente documento. Se menciona brevemente en los párrafos 19 y 20 de la propuesta de los Estados Unidos de América que figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.34. En la práctica, entendemos que en el transporte por servicio de línea con destino a los Estados Unidos y procedente de este país, los contratos de volumen casi siempre entran en la definición de contratos de servicios. En otros países, entendemos que los contratos de volumen suelen concertarse en el transporte por servicio de línea únicamente cuando un cargador desea asegurarse plaza en el buque o la regularidad del servicio. En el transporte por servicio de línea con destino a los Estados Unidos y procedentes de este país, en los contratos de servicios entendidos en el sentido de las Leyes de Transporte Marítimo de ese país es posible estipular precios de transporte sin sujeción a las tarifas publicadas por el porteador. Por ende, es necesario concertar un contrato de servicios a fin de beneficiarse de esa ventaja comercial. En otros países ello puede lograrse mediante un mero acuerdo tarifario.

Excepciones

12. En el artículo 95 del proyecto de convenio se fijan reglas especiales para los contratos de volumen que se rigen por lo dispuesto en el apartado b) del párrafo 3 del artículo 9 que figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.56 o, según el documento A/CN.9/WG.III/WP.61, a los que el proyecto de convenio es aplicable porque los contratos de volumen que se utilicen para los fines del transporte por servicio de línea no forman parte de los contratos excluidos del párrafo 1 del artículo 9. Sin embargo, con arreglo al proyecto de artículo 95, las disposiciones imperativas del proyecto de convenio regirían las remesas previstas en esos contratos, o según lo enunciado en el documento A/CN.9/WG.III/WP.61, el propio contrato de volumen, de las que, en virtud del artículo 94, ni el porteador ni una parte ejecutante marítima podrán apartarse. Habrá que examinar más a fondo la autonomía del cargador prevista en el párrafo 2 del proyecto de artículo 94.

13. En el proyecto de artículo 95 se enuncian las condiciones en que las partes en todo contrato de volumen que esté sujeto al proyecto de convenio podrán apartarse, con arreglo a las cláusulas del contrato, de las disposiciones imperativas del proyecto de convenio y el grado en que podrán hacerlo. El Grupo de Trabajo ha apoyado ese principio y la estructura general del proyecto de artículo 95 (véase A/CN.9/576, párr. 82). No obstante, ni la definición de contrato de volumen enunciada en el apartado b) del proyecto de artículo 1 ni la de contrato de servicios que figura en las Leyes de Transporte Marítimo de los Estados Unidos se refieren a un volumen mínimo de carga ni a un número mínimo de contenedores que han de transportarse en el marco de ese tipo de contrato. A raíz de ello se ha expresado la inquietud de que los contratos de servicios en que se prevén unas pocas remesas de volúmenes relativamente reducidos de mercancías y se aparten del régimen imperativo podrían perjudicar a los cargadores pequeños y menos avezados, con poder negociador desigual respecto del de un porteador, posiblemente por el recurso a subcontratos de servicios concertados en virtud de un contrato marco

general[3]. Sin embargo, debe puntualizarse que no puede obligarse a ningún cargador a aceptar un contrato de volumen. En virtud del proyecto de artículo 37, todo cargador tendrá siempre derecho a obtener del porteador un título de transporte negociable, o un documento electrónico de transporte negociable apropiado (salvo en los supuestos previstos en su apartado b))[4]. Además, el derecho a estipular excepciones con arreglo al proyecto de artículo 95 se aplica a los contratos de volumen sujetos al régimen del proyecto de convenio a efectos del apartado b) del proyecto de artículo 1, y no únicamente a los contratos de volumen que son contratos de servicios según la definición enunciada en las Leyes de Transporte Marítimo de los Estados Unidos. El proyecto de artículo 95 podría aplicarse a contratos de volumen utilizados, o que podrían utilizarse, en el tráfico comercial que tuviera como punto de partida y de destino otros países que no fueran los Estados Unidos. En el párrafo 11 se ha hecho referencia a la práctica seguida en otros países. El Grupo de Trabajo proseguirá sus deliberaciones sobre las condiciones en que un contrato de volumen podrá apartarse del régimen imperativo del proyecto de convenio (véase A/CN.9/576, párrs. 85, 89 y 99).

14. En el apartado b) del párrafo 6 del proyecto de artículo 95 enunciado en el documento A/CN.9/WG.III/WP.56 (apartado b) del párrafo 5 del proyecto de artículo 95 en el documento A/CN.9/WG.III/WP.61) se prevé la posibilidad de que una excepción estipulada en consonancia con las condiciones establecidas en los párrafos 2 y 5 del proyecto de artículo 95 (párrafos 1, 2 y 4 del proyecto de artículo 5 en el documento A/CN.9/WG.III/WP.61) sea vinculante para otra parte interesada que haya explícitamente consentido en quedar obligada por las cláusulas del contrato de volumen. Así pues, la protección de esa persona dependerá de la forma en que haya de probarse que otorgó su consentimiento. El Grupo de Trabajo continuará también el examen de esa disposición en un período de sesiones ulterior (véase A/CN.9/576, párr. 104).

Acuerdos de elección de jurisdicción exclusiva

15. En los párrafos 2 y 3 del proyecto de artículo 76 enunciado en el párrafo 73 del documento A/CN.9/591 se establecen disposiciones concretas sobre todo acuerdo de elección de jurisdicción exclusiva que figure en un contrato de volumen sujeto al régimen del proyecto de convenio, y sobre el carácter vinculante o no de ese acuerdo frente a terceros. En su 16º período de sesiones, el Grupo de Trabajo aceptó esas disposiciones, aunque con algunas reservas en lo relativo a la notificación de terceros, prevista en el párrafo 3 del proyecto de artículo 76 (véase A/CN.9/591, párr. 84).

---

[3] Véase en general las observaciones de la UNCTAD formuladas en el documento A/CN.9/WG.III/WP.46, las reservas expresadas en el párrafo 100 del documento A/CN.9/572, y las observaciones al respecto que figuran en el párrafo 244 del documento A/CN.9/591.

[4] El Grupo de Trabajo seguirá examinando este artículo en su 17º período de sesiones.

Resumen

16. Parece evidente que en el proyecto de convenio se procura adoptar un criterio equilibrado respecto de los contratos de volumen. Por un lado se hace extensiva la aplicación del régimen imperativo a los contratos de volumen que se utilicen para los fines del transporte por servicio de línea, al tiempo que se mantiene con amplitud el criterio actual con que se regula el transporte por servicio no regular. Por otro lado, y previendo ciertas salvaguardias, otorga a las partes en un contrato de volumen que se utilice para los fines del transporte por servicio de línea autonomía para estipular en un grado definido excepciones a las disposiciones imperativas del proyecto de convenio en función de las prácticas comerciales actuales en ciertos ramos del transporte y de su posible evolución y, con sujeción a otras salvaguardias, la facultad de determinar que esas excepciones serán vinculantes para terceros. El Grupo de Trabajo debería seguir estudiando esas salvaguardias.

T. Elaboración de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: obligaciones del cargador: propuesta de redacción presentada por la delegación de Suecia al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 17º período de sesiones

(A/CN.9/WG.III/WP.67) [Original: inglés]

Nota de la Secretaría

En preparación del 17º período de sesiones del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte), el Gobierno de Suecia presentó a la Secretaría el documento que se adjunta como anexo a la presente nota y que hace referencia a las obligaciones del cargador en el proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías. La delegación de Suecia informó de que el documento tenía la finalidad de facilitar el examen del tema en el Grupo de Trabajo proponiendo un texto revisado para el capítulo 8 del proyecto de convenio, relativo a las obligaciones del cargador. La delegación de Suecia comunicó asimismo que el texto revisado y el comentario que figuran en el anexo adjunto fueron preparados teniendo en cuenta el examen por parte del Grupo de Trabajo, en su 16º período de sesiones, del tema de las obligaciones del cargador, y sobre la base de nuevas consultas oficiosas con otras delegaciones. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar el texto que se adjunta como anexo cuando vuelva a estudiar el capítulo 8 del proyecto de convenio, relativo a las obligaciones del cargador.

Anexo

Obligaciones del cargador: capítulo 8 del proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías

I. Introducción

1. En el verano de 2005, la delegación de Suecia distribuyó entre las delegaciones interesadas un cuestionario oficioso sobre las obligaciones del cargador. La finalidad del cuestionario era facilitar el análisis del tema por parte del Grupo de Trabajo y averiguar si había margen para una transacción en lo que respecta a cierta cuestiones que suscita el texto del proyecto de convenio de la CNUDMI sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías (en adelante, el proyecto de convenio). En total fueron 19 delegaciones las que respondieron al cuestionario oficioso. Una de las respuestas se presentó como documento conjunto enviado por tres delegaciones. Sobre la base de estas respuestas, la delegación de Suecia elaboró una propuesta de transacción. Esta propuesta se reprodujo en el documento A/CN.9/WG.III/WP.55. Posteriormente, durante el 16º período de sesiones del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) celebrado en Viena del 28 de noviembre al 9 de diciembre de 2005, se examinaron las obligaciones del cargador. Los debates se basaron en el proyecto de texto recogido en el documento A/CN.9/WG.III/WP.56 y en el texto propuesto en el documento A/CN.9/WG.III/WP.55. Las deliberaciones mantenidas y las decisiones adoptadas se reproducen en el informe sobre la labor del 16º período de sesiones (véase A/CN.9/591, párrs. 104 a 187). Sobre la base de esas deliberaciones mantenidas en el Grupo de Trabajo y de ulteriores consultas oficiosas, la delegación de Suecia ha considerado ahora oportuno presentar un nuevo documento con una propuesta perfeccionada sobre las obligaciones del cargador.

II. Título del capítulo

2. En el 16º período de sesiones el Grupo de Trabajo, se convino que el título del capítulo debería hacer referencia a las obligaciones del cargador frente al porteador (véase A/CN.9/591, párrs. 108 a 120). Esto se explica por el hecho de que el capítulo 8 del proyecto de convenio no aborda la responsabilidad del cargador con respecto a terceros, por ejemplo, a marineros que pudieran resultar lesionados por las mercancías. Se propone ahora que esta responsabilidad se regule por el derecho extracontractual general. Otros de los problemas planteados es el de que el porteador podría demandar al cargador exigiendo indemnización por el pago que hubiera tenido que hacer, como empleador, indemnizar al marinero lesionado (véase el análisis sobre el proyecto de artículo 28 más adelante).

3. Tal vez el Grupo de Trabajo desearía tomar en consideración un título como el siguiente:

Obligaciones del cargador frente al porteador.

III. Proyecto de artículo 28. Entrega de las mercancías para su transporte

4. En el proyecto de artículo 28 se enuncia una obligación general de entregar las mercancías listas para el transporte. Durante el 16º período de sesiones, se convino en que, en la versión inglesa, la expresión "de no estipularse otra cosa" fuera trasladada al principio de la primera frase (véase A/CN.9/591, párrs. 110 a 120). No queda claro en el informe si este cambio supone también que se supriman las palabras "en el contrato de transporte". Cabría argumentar que esas palabras son superfluas, dado que el presente texto no requiere un acuerdo escrito por las partes para hacer excepción a la obligación enunciada en esta disposición.

5. Durante el período de sesiones también se objetó que la palabra "lesión" podría dar a entender que el proyecto de disposición regula también la relación entre el cargador y terceros, como los marineros a bordo del buque (véase A/CN.9/591, párr. 119). La finalidad del proyecto de artículo 28 no es conceder a los terceros derechos de entablar directamente demandas contra el cargador y, en consecuencia, habría que suprimir la palabra "lesión". Empero, tal como se indica más arriba, el proyecto de artículo 28 no solo debería regular los supuestos en que el buque u otros bienes de equipo pertenecientes al porteador se encontraran físicamente dañados. Por ejemplo, la disposición debería abarcar también las situaciones en que el porteador, en una contrademanda, exigiera indemnización por lo que hubiera tenido que pagar a sus empleados o a otras personas que hubieran resultado lesionadas debido a que el cargador hubiera estibado mal las mercancías. Por consiguiente, parece apropiado incluir también en la primera frase la palabra "pérdida". Cabe señalar también que la palabra "pérdida" ya figura en el proyecto de artículo 31, relativo a la responsabilidad del cargador.

6. En lo que respecta a la segunda frase del proyecto de artículo 28 que figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.56, el Grupo de Trabajo decidió mantenerla en el texto pero simplificar su texto, tal vez utilizando términos del tenor de la propuesta de las notas 116 y 435 de pie de página del documento A/CN.9/WG.III/WP.56. No obstante, el problema de que se utilicen palabras como "mercancías se entreguen en ... un contenedor" es que, conforme a la definición de "mercancías", en el proyecto de artículo 1 w), ese término incluye tanto la mercancía en sí como el contenedor cuando es proporcionado por el cargador. A fin de no crear una contradicción en el texto, se propone que en la segunda frase solo se reglamente la situación en que el contenedor o el remolque sean proporcionados por el porteador, en cuyo caso no formarían parte de las mercancías. Una solución de este problema podría consistir en sustituir la expresión "envasado por el cargador", en el texto de las notas 116 y 435 de pie de página, por la expresión "proporcionado por el porteador". De este modo, se deduciría del texto que las mercancías deben ser estibadas por el cargador en el remolque o sobre él.

7. Además, durante el 16º período de sesiones se estimó que, en ciertas traducciones a los idiomas oficiales, la expresión "de no estipularse otra cosa" modificaría las obligaciones enunciadas tanto en la primera como en la segunda frase. A fin de evitar esa consecuencia, la primera y la segunda frase podrían separarse, constituyendo cada una un párrafo diferente.

8. Se señaló también que tal vez convendría armonizar las palabras "contenedor o remolque" con los términos empleados en otras partes del convenio. En el párrafo 3 del proyecto de artículo 64 se utilizan las palabras "contenedor, paleta u otro medio auxiliar de transporte empleado para agrupar las mercancías". Sin embargo, es importante señalar aquí que las dos disposiciones cumplen fines distintos. Mientras que la finalidad del párrafo 3 del proyecto de artículo 64 es aclarar el modo en que se calculará la limitación cuando las mercancías estén agrupadas en un contenedor o en una paleta, la finalidad del proyecto de artículo 28, segundo párrafo, es poner de relieve que la obligación del párrafo 1 incluye también que los productos, mercancías y artículos que se encuentren dentro de un contenedor o remolque, al que el porteador no tenga acceso inmediato y por consiguiente no pueda inspeccionar, deben ser estibados, afianzados y sujetados adecuadamente. Por lo tanto, otros tipos de artículos utilizados para reagrupar mercancías, como las paletas abiertas, no deberían entrar en el ámbito del segundo párrafo.

9. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar el texto siguiente:

Artículo 28. Entrega de las mercancías para su transporte

1. De no estipularse otra cosa [en el contrato de transporte], el cargador deberá hacer entrega de las mercancías listas para su transporte y en un estado que les permita resistir el transporte previsto, así como las operaciones de carga, manipulación, estiba, sujeción o afianzamiento, y descarga, y deberá entregarlas en condiciones que no se presten a causar pérdidas ni daño alguno.

2. En el supuesto de que las mercancías se entreguen en un contenedor o sobre un contenedor o remolque [envasado por el cargador] [proporcionado por el porteador], la obligación enunciada en el párrafo 1 se hace extensiva a la estiba, afianzamiento y sujeción de las mercancías en el contenedor o remolque o sobre ellos.

IV. Proyecto de artículo 29. Obligación del porteador de facilitar información e instrucciones; y proyecto de artículo 18. Responsabilidad del porteador por no haber facilitado información e instrucciones

10. En su 16º período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en retener el proyecto de artículo 29 pero redactándolo en términos más generales que se centraran en la cooperación entre el cargador y el porteador con miras a prevenir pérdidas y daños sufridos o causados por las mercancías (véase A/CN.9/591, párr. 127). La obligación que tiene el porteador en virtud del proyecto de artículo 29 debe considerarse secundaria en relación con la obligación que se impone al cargador en el proyecto de artículo 28. De conformidad con el proyecto de artículo 29, el porteador está obligado a prestar asistencia al cargador en el cumplimiento de su obligación de dejar las mercancías listas para el transporte. Uno de los problemas del texto en su forma actual radica en que impone una obligación al porteador, mientras que el capítulo en su totalidad regula únicamente las obligaciones del cargador. Esta incoherencia ya se señaló durante los debates sobre este capítulo celebrados en el 13º período de sesiones del Grupo de Trabajo,

del 3 al 14 de mayo de 2004 (véase A/CN.9/552, párr. 126). Una posible solución de este problema podría consistir en sustituir la obligación del porteador por un derecho general del cargador a pedir y obtener información del porteador. De este modo se desprendería claramente del texto que el porteador tiene una obligación implícita de cooperar con el cargador a este respecto y que esta obligación es secundaria frente a la obligación que tiene el cargador en virtud del proyecto de artículo 28.

11. Por lo que respecta a la obligación del cargador de facilitar información, instrucciones y documentos, durante el 16º período de sesiones del Grupo de Trabajo se señaló que el texto del proyecto de artículo 30, especialmente su párrafo b), es muy amplio y que si un cargador no facilitaba un simple documento podía correr el riesgo de sufrir pérdidas imprevisibles y enormes (véase A/CN.9/591, párr. 133). No obstante, una manera de equilibrar un texto amplio como el del proyecto de artículo 30 consistiría en ampliar el derecho del cargador a pedir y obtener la información y las instrucciones razonablemente necesarias para cumplir las obligaciones impuestas por el proyecto de artículo 28, haciéndolas extensivas al proyecto de artículo 30, al tiempo que se redujera la responsabilidad del cargador a una falta de tipo general. Ello significaría que en una situación en que el cargador no estuviera seguro de si el porteador necesitaría un determinado tipo de documento, tendrá la oportunidad de pedir esa información al porteador y de obtenerla. Si la respuesta del porteador es negativa, el cargador no será responsable de ningún daño o pérdida imputables al hecho de que no se haya facilitado el documento. Si se sigue este enfoque, se propone que el Grupo de Trabajo tal vez desee invertir el orden de los proyectos de artículo 29 y 30, a fin de reducir las obligaciones del cargador en lo que respecta a la información, las instrucciones y documentos, obligando al porteador a facilitar tales instrucciones a petición del cargador.

12. La información que el cargador tenga el derecho a solicitar y a obtener del porteador debería ser limitada a los medios de que razonablemente disponga el porteador. Ello significa que el cargador no puede pedir información que requiera una investigación exhaustiva por parte del porteador. Otra posibilidad consistiría en insertar las palabras “de que tenga conocimiento el porteador”. Sin embargo, tales palabras indican que el porteador no está obligado en absoluto a proporcionar información de la que no tenga conocimiento, aun cuando le resultara fácil investigar el asunto. Además, las instrucciones que el cargador tendría derecho a pedir y a obtener deberían estar limitadas a lo que sea razonablemente necesario.

13. Otra posibilidad consistiría en incluir en el texto una disposición más general por la que se estableciera que el cargador y el porteador tienen la obligación mutua de cooperar en lo referente a la información y las instrucciones requeridas para la manipulación y el transporte seguros de las mercancías. La ventaja de tal disposición radicaría en que se pondría de relieve la obligación de las partes de cooperar entre sí. Sin embargo, al mismo tiempo, existe el riesgo de que los tribunales consideraran tal disposición general una mera declaración sin ningún efecto jurídico.

14. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar los textos que figuran a continuación de las variantes B y C del texto existente del proyecto de artículo 29, enunciado en el documento A/CN.9/WG.III/WP.56, el cual pasaría a ser la variante A del proyecto de artículo:

Artículo 29 [30]. Información e instrucciones del porteador

[*Variante A*

El porteador deberá facilitar [oportunamente] al cargador toda información que éste solicite, y de la que el porteador tenga conocimiento, así como todas aquellas instrucciones que sean razonablemente necesarias o de interés para el cargador en orden al cumplimiento de sus obligaciones conforme a lo prescrito en el artículo 28. [La información y las instrucciones que se faciliten deberán ser exactas y completas.]]

[*Variante B*

El cargador tendrá derecho a solicitar al porteador y a obtener oportunamente de él toda información razonablemente disponible y todas las instrucciones que sean razonablemente necesarias para que el cargador pueda cumplir las obligaciones prescritas en los artículos 28 y 30 [29].]

[*Variante C*

El porteador y el cargador atenderán de buena fe las solicitudes recíprocas razonables de información y de instrucciones que sean necesarias para la manipulación y el transporte seguros de las mercancías; esa información y esas instrucciones deberán estar en conocimiento de la parte requerida sin que la parte requirente tenga otro modo razonable de obtenerlas.]

15. Como consecuencia del debate reseñado más arriba, debería suprimirse el proyecto de artículo 18 relativo a la responsabilidad del porteador por incumplimiento de la obligación de facilitar información e instrucciones. En este caso, no parece haber casi ningún motivo para una sanción especial, dado que la obligación del porteador a este respecto es secundaria frente a las obligaciones que impone al cargador el proyecto de artículo 28. Esto significa, por ejemplo, que si el cargador no está en condiciones de facilitar información e instrucciones debido a la falta de cooperación del porteador, aquél no será responsable de los daños causados por las mercancías al buque y a otros bienes de equipo pertenecientes al porteador.

16. Otro motivo para suprimir el proyecto de artículo 18 es que, en su forma actual representa un obstáculo para la disposición general sobre la responsabilidad del porteador enunciada en el proyecto de artículo 17. Por ejemplo, si las mercancías resultan dañadas durante el transporte, el porteador podría defenderse amparándose en el proyecto de artículo 17 y demostrando que las mercancías fueron realmente estibadas por el cargador y que el estibado fue la causa del daño sufrido por la carga (véase el proyecto de artículo 17.2 y 17.3 i)). En tal caso, la carga de la prueba pasaría al cargador, que habría de demostrar que el estibado deficiente se había debido al hecho de que había seguido las instrucciones del porteador (véase el proyecto de artículo 17.2 a)). En otras palabras, esta situación ya está regida por el proyecto de artículo 17 y lo que podría causar confusión sería la introducción de una regla adicional en el proyecto de artículo 18 que pudiera ser aplicable.

V. Proyecto de artículo 30. Obligación del cargador de facilitar información, instrucciones y documentos

17. En el informe sobre la labor del 16º período de sesiones, se señaló que el párrafo b) debería figurar entre corchetes; que las palabras del encabezamiento del artículo [oportunamente] y [exactos y completos] deberían ser tratadas del mismo modo que el texto similar que figura en el proyecto de artículo 29 y que, al tratar de hacer mejoras de redacción, debería tenerse presente el documento A/CN.9/WG.III/WP.55, así como otros instrumentos internacionales (véase A/CN.9/591, párrs. 129 y 135). El Grupo de Trabajo decidió asimismo que en el futuro examen del fundamento de la responsabilidad del cargador en el proyecto de articulo 31 deberían tomarse en consideración futuros proyectos de artículo 30; y que la referencia al proyecto de artículo 38.1 b) y c) debería hacerse extensiva al apartado a) (véase A/CN.9/591, párr. 135).

18. En el párrafo 20 del documento A/CN.9/WG.III/WP.55 se propuso que se suprimieran, en el párrafo a) las palabras "salvo en la medida en que el cargador pueda suponer razonablemente que esa información es ya conocida del porteador" y que en el párrafo c) se suprimiera la frase "a menos que el cargador pueda razonablemente suponer que esos datos son ya conocidos del porteador". Tal como se observaba en el informe sobre la labor del 16º período de sesiones del Grupo de Trabajo, la consecuencia del hecho de que los párrafos a) y c) quedarían en última instancia sujetos a un régimen de la responsabilidad basado en la falta conforme al proyecto de artículo 31 (excepto en lo que respecta a la responsabilidad por la exactitud de la información) podría ser que no fueran necesarias las palabras "pueda razonablemente suponer" y que, por lo tanto, pudieran suprimirse (véase A/CN.9/591, párr. 130).

19. Como ya se ha señalado, el problema general con el proyecto de artículo 30, especialmente su párrafo b), es que el texto es demasiado amplio y que el cargador corre el riesgo de incurrir en una responsabilidad onerosa. Al mismo tiempo, parece difícil limitar el alcance de la disposición. No parece posible en la práctica tratar de redactar las obligaciones del cargador en el proyecto de artículo 30 en términos específicos, dado que la información, las instrucciones y los documentos necesitados pueden variar sustancialmente entre los distintos tipos de transporte de mercancías. Un modo de lograrlo, en el párrafo b), podría consistir en limitar la información, las instrucciones y los documentos que el cargador deba proporcionar a la información, las instrucciones y los documentos razonablemente disponibles que el porteador haya puesto en conocimiento del cargador, a menos que las reglamentaciones gubernamentales prescriban que el cargador deberá proporcionar la información (véase la variante B). No obstante, tal reglamentación podría contradecir el hecho de que en muchas situaciones, el cargador es la única persona que sabe óptimamente qué documentos se precisarán para cumplir los requisitos de las autoridades aduaneras. Tal como se indicó antes en relación con el proyecto de artículo 29, una solución práctica de este problema podría consistir en tratar de limitar la responsabilidad del cargador dándole en general un carácter de responsabilidad por falta, con la carga ordinaria de la prueba, y excluyendo la mayor parte de la responsabilidad por demora o limitando la indemnización a una cierta cuantía, en vez de tratar de limitar el alcance del párrafo b).

20. Sobre la base de este debate, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar el siguiente texto:

Artículo 30 [29]. [Obligación del cargador de facilitar información, instrucciones y documentos] [Obligación del cargador y del porteador de facilitar información, instrucciones y documentos]

El cargador deberá facilitar oportunamente al porteador la información, las instrucciones y los documentos que sean razonablemente necesarios para:

a) La manipulación y el transporte de las mercancías, incluidas las precauciones que deba adoptar el porteador o una parte ejecutante;

[Variante A del párrafo b)

b) El cumplimiento de las reglas y reglamentaciones y de otros requisitos de las autoridades en relación con el transporte previsto, incluidas las inscripciones, solicitudes y licencias relacionadas con las mercancías;] y

[Variante B del párrafo b)

b) El cumplimiento por el porteador de las reglas y reglamentaciones de las autoridades gubernamentales que sean aplicables al transporte cuando, en virtud de la ley aplicable, el cargador esté obligado a proporcionar tal información, tales instrucciones y tales documentos, o cuando el porteador ponga oportunamente en conocimiento del cargador tal información, tales instrucciones y tales documentos. A reserva de lo que prescriba la ley aplicable, el cargador no estará obligado, en virtud del presente párrafo, a proporcionar información, instrucciones y documentos que puedan estar razonablemente al alcance del porteador;] y

c) La compilación de los datos del contrato y la emisión de los títulos de transporte o de los documentos electrónicos de transporte, incluidos los datos mencionados en los apartados a), b) y c) del artículo 38.1; el nombre de la parte que se identificará como cargador en los datos del contrato; el nombre del consignatario, si lo hay; y el nombre de la persona por orden de la cual deba emitirse, en su caso, el título de transporte o el documento electrónico de transporte.

VI. Proyecto de artículo 31. Fundamento de la responsabilidad del cargador

21. Durante el 16º período de sesiones del Grupo de Trabajo, una mayoría de delegaciones se declaró partidaria de que la responsabilidad se basara en la falta y que incluyera una carga ordinaria de la prueba, al igual que se establece en el artículo 12 de las Reglas de Hamburgo y en el artículo 4.3 de las Reglas de La Haya-Visby (véase A/CN.9/591, párr. 138). Este enfoque supone que el porteador deberá probar que la pérdida o el daño se han debido a una falta del cargador. Como se ha indicado más arriba, esto compensaría el hecho de que el cargador tiene una responsabilidad ilimitada. También reflejaría el hecho de que habitualmente el porteador está en mejores condiciones de determinar lo que ha ocurrido durante el viaje. Esta reglamentación también se ajustaría más a la regla del proyecto de artículo 17.2 y 17.3 i), en virtud de la cual el porteador, en caso de daño de las

mercancías, deberá probar, por ejemplo, que fue el cargador quien realmente estibó las mercancías y que ello fue la causa del daño.

22. Otra manera de reducir los grandes riesgos a que puede estar expuesto el cargador consiste en eliminar la responsabilidad de éste por motivos de demora. Durante el 16º período de sesiones se propuso que se suprimiera del proyecto de instrumento la responsabilidad por "demora" (véase A/CN.9/591, párrs. 143 a 146). No obstante, otras delegaciones se declararon partidarias de mantener este tipo de responsabilidad, por estimar que con su supresión se eliminaría la razón de ser de la introducción de una responsabilidad objetiva o estricta por presentar información incorrecta, pues se dijo que la información inexacta era la causa más frecuente de las demoras. Se observó que la supresión de la palabra "demora" no entrañaba que el cargador ya no fuera responsable en absoluto por demoras. El cargador seguirá siendo responsable por toda demora que se produzca a consecuencia de un daño físico conforme al convenio. Si, por ejemplo, las mercancías dañan el buque, el porteador tendrá también derecho a indemnización por la demora ocasionada por el daño. El verdadero efecto de la supresión de la palabra "demora" será que la responsabilidad por demoras que no guarden relación con un daño físico quedará en manos del derecho interno. Tal solución no se ajustaría a la regla existente en el artículo 3.5 de las Reglas de Hamburgo ni a la del artículo 17.1 de dichas Reglas, relativa a la responsabilidad por información inexacta. Una solución de transacción para este problema podría consistir en suprimir la palabra "demora" y dejar en manos del derecho interno la cuestión de la responsabilidad por demora (cuando la demora no fuera consecuencia de un daño físico), a reserva de lo dispuesto en el proyecto de artículo 30 c). En el texto propuesto, la palabra "demora" se ha colocado entre corchetes.

23. En su 16º período de sesiones, el Grupo de Trabajo decidió que debería haber responsabilidad objetiva o estricta por información inexacta conforme al proyecto de artículo 30 c). Esto significa que se considerará que el cargador ha garantizado la exactitud de la información en los documentos facilitados al porteador, mientras que la responsabilidad por no haber proporcionado un documento seguirá basándose en la falta. Esa responsabilidad se ajustará a la del artículo 3.5 de las Reglas de Hamburgo y al artículo 17.1 de dichas Reglas. Cabe señalar al respecto que, a fin de que el texto se armonice plenamente con las Reglas de La Haya-Visby y con las Reglas de Hamburgo, la responsabilidad en el párrafo 2, tal como se ha indicado, debería abarcar la demora.

24. A consecuencia del hecho de que el Grupo de Trabajo decidiera que el capítulo 8 del proyecto de convenio debería regular únicamente la relación entre el cargador y el porteador y no la relación con terceros, habría que suprimir el párrafo 3 del proyecto de artículo 31, que figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.56.

25. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar el siguiente texto:

Artículo 31. Fundamento de la responsabilidad del cargador

1. El cargador será responsable frente al porteador de toda pérdida, [o] daño [o demora] ocasionados por las mercancías y del incumplimiento de las obligaciones que le imponen los artículos 28 y [29]30, siempre y cuanto tal pérdida, [o] daño [o demora] se deba a la falta del cargador o de alguna de las personas mencionadas en el artículo 35.

2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, se considerará que el cargador ha garantizado la exactitud en el momento de recepción, por el porteador, de la información y de los documentos que deben proporcionarse conforme al artículo [29]30 c). El cargador deberá indemnizar al porteador de toda pérdida, [o] daño [o demora] que se deriven o sean el resultado de la inexactitud de la información y de los documentos.

VII. Proyecto de artículo 32. Falsedad en lo declarado por el cargador

26. En el 16º período de sesiones se convino en que el proyecto de artículo 32 debería suprimirse del proyecto de convenio (véase A/CN.9/591, párr. 156).

VIII. Proyecto de artículo 33. Reglas especiales aplicables a las mercancías peligrosas

27. En su 16º período de sesiones, el Grupo de Trabajo decidió insertar en el párrafo 1 del proyecto de artículo 33 las palabras "o pueda ... llegar a constituir ..." para que la norma fuera más completa (véase A/CN.9/591, párrs. 159 a 161).

28. Con respecto al párrafo 2 se señaló que el cargador podría tener dificultades para cumplir su obligación de señalar con una marca o etiqueta las mercancías de conformidad con lo estatuido por toda norma legal o reglamentaria o todo otro requisito normativo, pues ignorará la forma exacta en que se realizará el viaje y los modos de transporte que se utilizarán. En cierta medida, este problema ya lo resuelve el hecho de que la obligación es aplicable al "transporte previsto". Si, por ejemplo, el porteador decide repentinamente transportar las mercancías pasando por otro país o utilizando un tipo de transporte que no sea el originalmente previsto, el cargador no puede incurrir en responsabilidad si las mercancías no están marcadas o etiquetadas conforme a las reglamentaciones aplicables a ese nuevo modo de transporte en ese país. Ahora bien, el texto existente no resuelve el problema de cuando no se decide nunca el viaje sino que se deja en manos del porteador. Como solución práctica de este problema, se propone que se inserte en el artículo un nuevo párrafo 4 en virtud del cual el cargador tenga derecho a solicitar al porteador y a obtener de él la información y las instrucciones razonablemente disponibles a fin de cumplir con sus obligaciones. Al igual que el texto del proyecto de artículo 29, el texto propuesto se ha insertado entre corchetes y tiene por objeto poner de relieve el hecho de que el porteador y el cargador deben cooperar de modo que el porteador deba, a petición del cargador, informar a éste del viaje. Otra posible solución consistiría en hacer una remisión al proyecto de artículo 33.3 en la variante B del proyecto de artículo 29.

29. Además, en los párrafos 2 y 3 del proyecto de artículo 33, se ha ajustado el texto para que reflejara la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en su 16º período de sesiones (véase A/CN.9/591, párrs. 166 a 170). Se han suprimido las referencias a las partes ejecutantes en lo que respecta a la responsabilidad (aun así, el cargador podrá informar a la parte ejecutante y no al porteador) y, en los párrafos 2 y 3, se han suprimido las palabras "directos o indirectos". También cabría suprimir la palabra "demora" para evitar que el cargador corra el riesgo de incurrir

en una responsabilidad considerable. Tal como se señala en el párrafo 168 del documento A/CN.9/591, se sugiere que en el texto se sustituyan las palabras "dicha remesa" por "el incumplimiento de la obligación de informar". Con ello se subrayaría el hecho de que debe haber una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación de informar y la pérdida, el daño o la demora. Sin embargo, tómese nota también de la opinión expresada durante el 16º período de sesiones del Grupo de Trabajo de que las palabras "dicha remesa" tenían por objeto preservar el enfoque seguido en el artículo 13.2 a) de las Reglas de Hamburgo, a fin de dejar constancia de que la obligación del cargador era seria (véase A/CN.9/591, párr. 168).

30. A consecuencia del hecho de que la obligación de informar al porteador acerca de la peligrosidad de las mercancías es la obligación más importante de esta disposición, se propone que esta regla pase a ser el párrafo 2, en vez del 3. El Grupo de Trabajo tal vez desee también examinar si la definición de las "mercancías peligrosas" habría de trasladarse o no al proyecto de artículo 1 del Convenio. Durante el 16º período de sesiones no se examinó explícitamente ninguna de estas soluciones propuestas.

31. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar el siguiente texto:

Artículo 33. Reglas especiales aplicables a las mercancías peligrosas

1. Por "mercancías peligrosas" se entenderán aquellas que por su índole o estado constituyan [o puedan pasar a constituir], o parezca razonable que puedan llegar a constituir un peligro para las personas o los bienes, o para el medio ambiente.

2. El cargador deberá informar oportunamente al porteador del carácter o estado peligroso de las mercancías, antes de que el consignador haga entrega de ellas al porteador o a una parte ejecutante. De no obrar así el cargador y de no enterarse el porteador o alguna parte ejecutante, por algún otro conducto, de su carácter o estado peligroso, el cargador será responsable frente al porteador de la pérdida, [o] del daño [o de la demora] a que dé lugar o que resulten de [dicha remesa] [del incumplimiento de la obligación de informar].

3. El cargador deberá señalar toda mercancía peligrosa con una marca o etiqueta de conformidad con lo estatuido por toda norma legal o reglamentaria o todo otro requisito normativo que sea aplicable durante cualquiera de las etapas del transporte previsto de las mercancías. Todo cargador, que no obre así, será responsable frente al porteador de toda pérdida, [o de todo] daño [o de toda demora] a que dé lugar o que resulten de dicho incumplimiento.

[4. El cargador tendrá el derecho a solicitar al porteador y a obtener de él la información y las instrucciones razonablemente disponibles que sean razonablemente necesarias para cumplir las obligaciones que impone al cargador el párrafo 3.]

XI. Proyecto de artículo 34. Asunción de los derechos y obligaciones del cargador

32. En este artículo el Grupo de Trabajo decidió insertar el texto propuesto en el párrafo 39 del documento A/CN.9/WG.III/WP.55, pero sustituyendo la frase "recibe el título de transporte o el documento electrónico de transporte" por la frase "acepta que su nombre figure como cargador en el título de transporte o en el documento electrónico de transporte" (véase A/CN.9/591, párr. 175).

33. A raíz de estos cambios, el texto actual debería decir lo siguiente:

Artículo 34. Asunción de los derechos y obligaciones del cargador

1. Si una persona designada en los datos del contrato como "cargador", pese a no serlo en el sentido de la definición dada en el apartado h) del artículo 1, acepta que su nombre figure como cargador en el título de transporte o en el documento electrónico de transporte, dicha persona: a) quedará sujeta a las responsabilidades y obligaciones que incumben al cargador con arreglo a lo dispuesto en el presente capítulo y en el artículo 59; y b) gozará de los derechos y de las exoneraciones que el presente capítulo y el capítulo 14 reconocen al cargador.

2. El párrafo 1 del presente artículo no afectará a las responsabilidades del cargador, ni a sus obligaciones, derechos o sus exoneraciones.

X. Proyecto de artículo 35. Responsabilidad subsidiaria del cargador

34. El Grupo de Trabajo decidió aquí insertar el texto propuesto en el párrafo 41 del proyecto de convenio, texto recogido en el documento A/CN.9/WG.III/WP.55 (véase A/CN.9/591, párr. 180).

35. En las deliberaciones del 16º período de sesiones del Grupo de Trabajo se señaló también que tal vez convendría ajustar el párrafo 2 del texto, que figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.55, a fin de adaptarlo a eventuales modificaciones en el proyecto de artículo 14.2 relativo a las cláusulas "franco de carga y descarga (estibado)" (FIO(S)). Posteriormente, durante el debate sobre la entrega de las mercancías, se aclaró que, si se combinaban los efectos de los proyectos de artículo 11.6 y 14.2, el cargador será responsable de toda pérdida ocasionada por el hecho de que no haya cumplido eficazmente sus obligaciones derivadas de la cláusula FIO(S), mientras que el porteador conservará su responsabilidad en otros aspectos de la carga y la descarga (véase A/CN.9/591, párr. 204). Siendo así, el párrafo 2 del proyecto de artículo 35 no parece muy necesario. La cláusula FIO(S) solo parece tener cierto sentido en una situación en que las partes consideren la cláusula como una mera cláusula de pago (la carga y la descarga de las mercancías son abonadas por el cargador, pero todavía las efectúa el porteador). No obstante, en una situación como esta, si se tienen en cuenta los principios generales del derecho de contratos, el porteador no puede hacer responsable al cargador por pérdidas o daños. Por consiguiente, el párrafo 2 podría suprimirse.

36. Solo si se retiene el párrafo 2 del texto enunciado en el párrafo 41 del documento A/CN.9/WG.III/WP.55, se plantea la cuestión de si el texto debe ajustarse. Durante el debate se observó que las palabras "designada por el porteador" son superfluas, ya que en el proyecto de convención se define a la "parte ejecutante" como persona que actúa por cuenta del porteador (véase A/CN.9/591, párr. 179). No obstante aquí esas palabras parecen cumplir la finalidad de diferenciar entre las partes ejecutantes que actúan en nombre del cargador y aquellas que lo hacen en nombre del porteador. El párrafo es únicamente aplicable a las partes ejecutantes del porteador. Se ha aclarado ligeramente el texto sustituyendo las palabras "designado por el porteador" por las palabras "que actúen en nombre del porteador".

37. En el 16º período de sesiones también se sugirió que se cambiara, en la versión inglesa, el término "vicarious" por otro término, a fin de asegurar la uniformidad lingüística entre los distintos idiomas a los que se traduce el proyecto de convenio. Otro posible título del artículo podría ser "Responsabilidad por los actos y omisiones de otras personas".

38. Sobre la base de las deliberaciones mantenidas, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar el texto siguiente:

Artículo 35. Responsabilidad por actos y omisiones de otras personas

1. El cargador será responsable de los actos y omisiones de cualquier persona, incluido todo subcontratista, empleado o agente, en la que haya delegado el cumplimiento de sus obligaciones enunciadas en el presente capítulo, como si dichos actos u omisiones fueran suyos. Con arreglo al presente artículo, la responsabilidad solo recaerá en el cargador cuando dicha persona haya cometido el acto o la omisión de que se trate en el ejercicio de alguna función que tenga asignada en su condición de subcontratista, empleado o agente del cargador.

[2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, el cargador no será responsable de los actos y omisiones del porteador ni de ninguna parte ejecutante que actúe en nombre del porteador en quien haya delegado el cumplimiento de las obligaciones que le impone el presente capítulo.]

XI. Proyecto de artículo 36. Extinción de la responsabilidad del cargador

39. El Grupo de Trabajo decidió mantener en el texto el proyecto de artículo 36, pero también convino en reconsiderarlo teniendo en cuenta la decisión adoptada con respecto al proyecto de artículo 94.2. No obstante, la conjunción "o", que figura al final del párrafo a), debería trasladarse al final del párrafo b).

40. En tal caso, el texto de la disposición sería el siguiente:

Artículo 36. Extinción de la responsabilidad del cargador

Si el contrato de transporte estipula que la responsabilidad del cargador o de toda otra persona designada en los datos del contrato como cargador se extinguirá, total o parcialmente, de producirse un determinado hecho o a partir de determinado momento, tal extinción no será válida:

a) Por lo que se refiere a cualquier responsabilidad que el presente capítulo imponga al cargador o a alguna persona a la que se haga referencia en el artículo 34;

b) Por lo que se refiere a toda suma pagadera al porteador con arreglo al contrato de transporte, salvo en la medida en que el porteador disponga de una garantía adecuada para el cobro de dichas sumas;

c) En la medida en que dicha extinción sea contraria a lo dispuesto en el artículo 63.

U. Preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: propuesta de los Países Bajos presentada al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 17º período de sesiones

(A/CN.9/WG.III/WP.68) [Original: inglés]

Nota de la Secretaría

En preparación del 17º período de sesiones del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte), el Gobierno de los Países Bajos presentó un texto en el que proponía incorporar en el proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías las disposiciones relativas a los conocimientos de embarque emitidos a nombre de determinada persona para que lo examinara el Grupo de Trabajo. El texto de esa propuesta se adjunta como anexo de la presente nota tal como lo recibió la Secretaría.

Anexo

Propuesta de los Países Bajos sobre los conocimientos de embarque emitidos a nombre de determinada persona

I. Introducción

1. En el proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías se alude a los títulos de transporte negociables y no negociables (y, va de suyo, a sus variantes electrónicas). En el documento A/CN.9/WG.III/WP.56, esos dos tipos de títulos se definen en los apartados o) y p) del proyecto de artículo 1. En artículos subsiguientes del proyecto de convenio se enuncian reglas relativas a la utilización de ese tipo de títulos.

2. Sin embargo, en la práctica se utiliza también un título de transporte cuyo efecto jurídico se sitúa en muchos ordenamientos jurídicos *entre* el de un título de transporte negociable y el de un título de transporte no negociable: el conocimiento de embarque emitido a nombre de determinada persona[1]. Ese documento recibe distintos nombres, entre ellos, "conocimiento de embarque intransferible", "conocimiento de embarque nominativo", y, en inglés "recta bill of lading"[2].

3. El régimen que gobierna los conocimientos de embarque emitidos a nombre de determinada persona dista mucho de ser uniforme. ¿Debe el consignatario presentar el documento al porteador a fin de obtener la entrega de las mercancías en su punto de destino? ¿Ese documento confiere titularidad? ¿Su contenido constituye prueba concluyente frente al consignatario? ¿Ese documento entraña derechos frente al porteador? En caso de transferencia de derechos del cargador al consignatario, ¿qué procedimiento puede o debe seguirse?

4. Las respuestas a esas preguntas varían de un ordenamiento jurídico a otro, e incluso puede que haya distintas interpretaciones dentro de un mismo ordenamiento. Aunque el conocimiento de embarque emitido a nombre de determinada persona se utiliza desde hace mucho tiempo, la imprecisión del régimen que lo rige suscita litigios en diversos Estados. Además, la jurisprudencia emanada de los fallos judiciales consiguientes no siempre tiende a la uniformidad.

5. Podría aducirse que las nuevas disposiciones del proyecto de convenio hacen que el conocimiento de embarque emitido a nombre de determinada persona resulte superfluo. Podría sostenerse que, en virtud de las nuevas disposiciones (como las relativas a la entrega, el derecho de control y la transferencia de derechos), todas las funciones comerciales de ese tipo de conocimiento pueden ser cumplidas, sea por un título de transporte no negociable común (por ejemplo, una carta de porte

---

[1] En la mayoría de los ordenamientos jurídicos se considera que este documento es un tipo especial de título de transporte *no negociable*. Sin embargo, en algunos otros se considera también que el conocimiento de embarque emitido a nombre de determinada persona es un tipo especial de título de transporte *negociable*.

[2] Habida cuenta de que estos términos pueden tener ciertas connotaciones jurídicas en los distintos ordenamientos internos, en la presente propuesta se emplea un lenguaje lo más neutro posible y se da a este tipo de título de transporte el nombre de 'conocimiento de embarque emitido a nombre de determinada persona'.

marítimo), sea por un título de transporte negociable común (por ejemplo, un conocimiento de embarque a la orden) endosado por el cargador a nombre de determinada persona.

6. Sin embargo, no puede esperarse que el usuario medio de un conocimiento de embarque emitido a nombre de determinada persona opte explícitamente por una de esas dos posibilidades. Cuando el proyecto de convenio haya entrado en vigor, es más probable que el cargador acostumbrado a pedir al porteador que emita un conocimiento de embarque a nombre de una determinada persona siga haciéndolo. Por consiguiente, la utilización de ese título de transporte se regirá en el futuro por las reglas aplicables a los títulos de transporte no negociables en general[3], lo que tal vez no corresponda a la intención de las partes. Desde luego que estas podrían apartarse de las reglas[4] del proyecto de convenio y adaptar el título a sus necesidades comerciales particulares por vía contractual. Ahora bien, ¿sucedería así en la práctica comercial cotidiana? Estas dudas se justifican por la falta de uniformidad actual del régimen que regula los conocimientos de embarque emitidos a nombre de determinada persona. Si las suposiciones expuestas son correctas, podría llegar a ocurrir que el nuevo convenio acentúe la imprecisión del régimen relativo a los conocimientos de embarque emitidos a nombre de determinada persona, en vez de disminuirla.

7. Es obvio que debe evitarse dicha consecuencia: la finalidad de todo instrumento internacional de derecho mercantil es, en tanto sea posible y viable, aportar uniformidad y certeza jurídica. Por consiguiente, la delegación de los Países Bajos estima conveniente que los conocimientos de embarque emitidos a nombre de determinada persona se traten en el proyecto de convenio como una categoría de documentos aparte y que, en aras de la uniformidad y la certeza jurídica, se estipulen algunas reglas relativas a ese tipo de títulos de transporte.

8. Siguiendo ese planteamiento, creemos que los aspectos jurídicos que merecen atención al formular reglas de posible aplicación a los conocimientos de embarque emitidos a nombre de determinada persona son:

a) la entrega de las mercancías al consignatario designado;

b) la atribución del derecho de control y su transferencia;

c) la fuerza probatoria del documento y

d) la transferencia de derechos.

---

[3] Véase el párrafo 9 *infra*.

[4] Se supone que las disposiciones relativas al efecto jurídico de los títulos de transporte no tendrán carácter imperativo.

II. Propuestas concretas

9. Sin embargo, antes de examinar esos aspectos jurídicos, conviene definir apropiadamente lo que se entiende por conocimiento de embarque emitido a nombre de determinada persona. El proyecto de convenio no es útil en este caso, ya que los conocimientos de embarque ni siquiera se mencionan en él. En los ordenamientos internos tampoco suelen definirse. No obstante, en el apartado o) del artículo 1 del proyecto de instrumento por "título de transporte negociable" se entiende todo documento que dé a conocer que las mercancías se han consignado a la orden o al portador. De esa definición se desprende que todo documento que dé a conocer que las mercancías se han consignado a nombre de determinada persona pertenece *con arreglo al proyecto de instrumento* a la categoría de títulos no negociables.

10. Además, según el derecho del transporte, una función clave del conocimiento de embarque es legitimar a la persona que se identifica en el documento por su nombre (sea por estar directamente designada, sea por figurar como endosataria), o que haya pasado a ser portadora del documento (cuando el título se consigna directamente al portador o se endosa en blanco) por ser la persona facultada para ejercer los derechos emanados del contrato de transporte del que se deja constancia en el documento. Esa función de legitimación va acompañada del requisito de que el documento debe mostrarse o devolverse al porteador cuando su poseedor quiera ejercer ese derecho. Por consiguiente la norma relativa a la presentación parece ser un segundo elemento clave de la definición de conocimiento de embarque emitido a nombre de determinada persona.

11. Una carta de porte marítimo es también un título no negociable que suele emitirse a nombre de una determinada persona. A fin de distinguir el conocimiento de embarque emitido a nombre de determinada persona de la carta de porte marítimo, y en total consonancia con la función de legitimación, la definición debería constar de un tercer elemento, a saber, que la norma de presentación ha de consignarse en el propio documento.

12. Por los motivos expuestos anteriormente, en las propuestas que figuran a continuación por conocimiento de embarque emitido a nombre de determinada persona se entenderá:

> *"todo título de transporte no negociable en el que conste que debe ser devuelto para obtener la entrega de las mercancías."*

13. De lo precedente se deduce que, si un título de transporte es emitido a nombre de determinada persona y la norma de presentación no se hace constar de alguna manera en el título, todas las disposiciones del proyecto de convenio que rigen los títulos de transporte no negociables serán aplicables a dicho título, aun cuando se lo denomine "conocimiento de embarque"[5, 6].

---

[5] Se estima que el requisito de que la norma de presentación conste en el título sigue la práctica actual. Cuando el cargador pide a un porteador que emita el conocimiento de embarque a nombre de determinada persona, el porteador utilizará su formulario de conocimiento de embarque corriente. Al no existir una definición de conocimiento de embarque jurídicamente uniforme, los formularios corrientes, casi sin excepción, incorporan por vía contractual la norma de presentación, debido a que la función de legitimación del documento es un elemento fundamental de la relación entre el porteador y la parte interesada en las mercancías. En los

14. Si el conocimiento de embarque emitido a nombre de determinada persona se describe como se sugiere en el párrafo anterior, las disposiciones relativas a la entrega enunciadas en los proyectos de artículo 48 y 49 dejan de ser adecuadas para ese tipo de documento. Por lo tanto, más adelante figura una propuesta de nuevo proyecto de artículo 48 *bis* que debería aplicarse al conocimiento de embarque emitido a nombre de determinada persona. El nuevo artículo combina los elementos de los proyectos de artículo 48 y 49 que nos parecen pertinentes para la utilización de ese tipo de documento.

15. Nuevo proyecto de artículo 48 *bis*. "Entrega en caso de haberse emitido un título de transporte no negociable que requiere devolución"

De haberse emitido un título de transporte no negociable en el que conste que ha de ser devuelto para obtener la entrega de las mercancías, será aplicable lo dispuesto en los apartados siguientes:

a) El porteador deberá hacer entrega al consignatario de las mercancías en el momento y el lugar mencionados en el artículo 11 4) al serle devuelto el título de transporte no negociable y al serle presentado algún medio de identificación adecuado por el consignatario. El porteador podrá denegar la entrega si no se cumple uno de esos dos requisitos. En el supuesto de que se haya emitido más de un original de dicho título, bastará con devolver uno solo, ya que los demás originales dejarán de tener efecto o validez.

b) De no reclamar el consignatario al porteador la entrega de las mercancías, tras su llegada al lugar de destino, o de denegar la entrega el porteador porque el consignatario no ha conseguido presentar un medio de identificación adecuado o no devuelve el título, el porteador deberá informar de ello al cargador. De haber obrado así, el cargador deberá darle instrucciones en lo concerniente a la entrega de las mercancías. En el supuesto de que, tras una gestión razonable al respecto, el porteador no haya conseguido identificar y encontrar al cargador, para los fines del presente apartado se considerará a la persona a la que se hace referencia en el artículo 34 como cargador de las mercancías. El porteador que haga entrega de las mercancías a instancias del cargador conforme a lo dispuesto en el presente apartado, quedará liberado de su obligación de hacer entrega de las mercancías con arreglo al contrato de transporte, con independencia de que le haya sido devuelto el título de transporte no negociable.

últimos años, la mayoría de los bancos han comenzado a propiciar también la inclusión de la norma de presentación en los conocimientos de embarque.

[6] Queda claro que esa descripción puede abarcar títulos de transporte que son únicamente recibos, lo que no parece objetable. Si un recibo contiene una norma de presentación, pasa a tener una categoría según la cual, de ser necesario, podrán también aplicársele, *mutatis mutandis*, las disposiciones propuestas.

16. La disposición correspondiente relativa al documento electrónico podrá decir lo siguiente:

Nuevo proyecto de artículo 48 *ter*. "Entrega en caso de haberse emitido un documento electrónico de transporte no negociable que requiere devolución"

De haberse emitido un documento electrónico de transporte no negociable en el que conste que ha de ser devuelto para obtener la entrega de las mercancías, serán aplicables los apartados siguientes:

a) El porteador deberá hacer entrega de las mercancías en el momento y el lugar mencionados en el artículo 11 4) a la persona que se designa consignatario en el documento electrónico y que goza del control exclusivo del documento electrónico. A raíz de dicha entrega, el documento electrónico de transporte dejará de tener efecto o validez. El porteador podrá denegar la entrega si la persona que pretende ser el consignatario no consigue presentar algún medio de identificación adecuado y demostrar de conformidad con los procedimientos a que se hace referencia en el artículo 6[7] *que goza del control exclusivo del documento electrónico.*

b) De no reclamar el consignatario al porteador la entrega de las mercancías, tras su llegada al lugar de destino, o de denegar la entrega el porteador de conformidad con lo dispuesto en el apartado a), el porteador deberá informar de ello al cargador. En ese caso el cargador deberá darle instrucciones en lo concerniente a la entrega de las mercancías. En el supuesto de que, tras una gestión razonable, el porteador no haya conseguido identificar y encontrar al cargador, para los fines del presente apartado se considerará a la persona a la que se hace referencia en el artículo 34 como cargador de las mercancías. El porteador que haga entrega de las mercancías a instancias del cargador conforme a lo dispuesto en el presente apartado, quedará liberado de su obligación de hacer entrega de las mercancías con arreglo al contrato de transporte, con independencia de que la persona a que se hace entrega de las mercancías consiga demostrar de conformidad con los procedimientos a que se hace referencia en el artículo 6 que goza del control exclusivo del documento electrónico.

17. En lo que atañe al derecho de control, en el artículo 56 del proyecto de convenio se dispone que, tratándose de un título de transporte no negociable, ese derecho puede transferirse a un tercero, incluido el consignatario (inicial). De ello se desprende que los bancos podrán llegar a obtener el control de las mercancías. Sin embargo, tratándose del conocimiento de embarque emitido a nombre de determinada persona, la norma de presentación supone que toda transferencia del derecho de control puede efectuarse únicamente entre el cargador y el consignatario designado en el documento. Un banco que tenga posesión de un conocimiento de embarque emitido a nombre de determinada persona (distinta del propio banco) no podrá ejercer positivamente un derecho de control. Solo podrá obrar negativamente, impidiendo que otra persona lo ejerza durante el transporte de las mercancías.

---

[7] Se ha enmendado el proyecto de artículo 6 para tener en cuenta el procedimiento que debe seguirse para la utilización de un documento electrónico no negociable, en virtud del cual es preciso presentar tal documento para obtener la entrega de las mercancías.

Otra consecuencia de la norma de presentación es que la transferencia del derecho de control y la del propio documento han de efectuarse simultáneamente.

18. Conforme a lo expuesto se propone incorporar un párrafo nuevo en el proyecto de artículo 56. El párrafo nuevo combina los elementos de los demás párrafos del proyecto de artículo 56 que nos parecen pertinentes para la utilización de los conocimientos de embarque emitidos a nombre de determinada persona.

19. Nuevo párrafo del artículo 56

Cuando se haya emitido un título de transporte no negociable o un documento electrónico de transporte no negociable en el que conste que ha de ser devuelto para obtener la entrega de las mercancías, serán aplicables las reglas siguientes:

a) El cargador será la parte controladora. Al transferirse el título o el documento electrónico al consignatario designado de conformidad con los procedimientos a que se hace referencia en el artículo 6, esa persona pasará a ser la parte controladora y el cargador perderá su derecho de control. De haberse emitido más de un original de dicho título o documento, todos ellos deberán ser transferidos para que surta efecto una cesión del derecho de control.

b) A fin de ejercer su derecho de control, la parte controladora deberá presentar algún medio de identificación adecuado y, si el porteador se lo exige, deberá presentarle el título no negociable, o, tratándose de un documento electrónico, deberá probar de conformidad con los procedimientos a que se hace referencia en el artículo 6, que goza del control exclusivo del documento electrónico. De haberse emitido más de un original del título o documento, todos ellos deberán ser presentados, de lo contrario no podrá ejercerse el derecho de control.

c) Toda instrucción que la parte controladora dé conforme a lo dispuesto en el artículo 54 c) deberá consignarse en el título no negociable o en el documento electrónico no negociable, al momento en que pase a ser válida con arreglo al artículo 57.

20. En lo concerniente al valor probatorio del conocimiento de embarque emitido a nombre de determinada persona que obre en poder de esa persona, puede optarse entre:

i) atenerse a la regla habitual relativa a los títulos o documentos de transporte no negociables: el propio documento es prueba rebatible conforme se estipula en el apartado a) del artículo 43, o

ii) dar relieve a la mayor seguridad que el conocimiento de embarque emitido a nombre de determinada persona representa para esta y atribuirle la ventaja adicional de que el título o documento adquiera valor de prueba concluyente frente al porteador.

En el presente documento no se opta concretamente por ninguna de las dos posibilidades. En el párrafo siguiente solo se sugiere un enunciado posible.

21. Si se escoge la opción i) *supra*, no es necesario agregar nada ya que esa opción se enuncia en el apartado a) del artículo 43. Si se escoge la opción ii), en cambio, habrá que incorporar un nuevo párrafo, que podrá tomarse de la variante C del inciso ii) del apartado b) del artículo 43 o agregarse a éste como inciso iii). El nuevo enunciado podría decir:

> Nuevo párrafo del artículo 43 b) que sustituye las variantes del apartado b) ii) o se incorpora como nuevo inciso b) iii)
>
> *"si se ha emitido un título de transporte no negociable o un documento electrónico de transporte no negociable en el que consta que ha de devolverse para obtener la entrega de las mercancías, cuando dicho título o documento se haya transferido al consignatario que obraba de buena fe."*

22. En lo tocante a la transferencia de los derechos emanados de un conocimiento de embarque emitido a nombre de determinada persona, la cuestión principal radica en si ese tipo de documento entraña o no derechos. Normalmente, un documento no negociable no lo hace. Sin embargo, en varios ordenamientos se considera que el conocimiento de embarque emitido a nombre de determinada persona confiere titularidad. Una norma general que rige los documentos de titularidad es que el propio documento entraña los derechos que su tenedor puede ejercer. Un aspecto conexo es la cuestión del procedimiento que habrá de emplearse para transferir los derechos emanados de un conocimiento de embarque emitido a nombre de determinada persona. Esas cuestiones tienen carácter muy doctrinario y, aun en un mismo Estado, suele haber diferencias de opinión. Además, la cuestión de si cierto tipo de título o documento de transporte confiere o no titularidad no se aborda en el proyecto de convenio. Por consiguiente recomendamos que la cuestión de la transferencia de los derechos emanados de un conocimiento de embarque emitido a nombre de determinada persona se rija por la ley nacional. La ley que regula dichos casos se determina en el artículo 63 que, según su encabezamiento, también es aplicable a todo conocimiento de embarque emitido a nombre de determinada persona, conforme a las propuestas que figuran en el presente documento.

V. Elaboración de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: obligaciones del cargador: propuesta de los Estados Unidos de América presentada al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 17º período de sesiones

(A/CN.9/WG.III/WP.69) [Original: inglés]

Nota de la Secretaría

En preparación del 17º período de sesiones del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte), el Gobierno de los Estados Unidos de América presentó a la Secretaría el texto de una propuesta sobre las obligaciones del cargador enunciadas en el proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías para que el Grupo de Trabajo la examinara. El texto de la propuesta se reproduce como anexo de la presente nota en la forma en que fue recibido por la Secretaría.

Anexo

Obligaciones del cargador: capítulo 8 del proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías

I. Introducción

1. En preparación del 17º período de sesiones del Grupo de Trabajo III en abril de 2006, en el que se examinará el capítulo 8 (Obligaciones del cargador) del proyecto de convenio, los Estados Unidos presentan las observaciones que se exponen a continuación. Esas observaciones se circunscribirán 1) a analizar algunas de las propuestas formuladas por la delegación de Suecia en un documento recientemente presentado (A/CN.9/WG.III/WP.67) y 2) a dar a conocer la posición de los Estados Unidos en materia de demora.

II. Proyecto de artículo 29. Obligación del porteador de facilitar información e instrucciones

2. Los Estados Unidos respaldan la conclusión a que llegó el Grupo de Trabajo en Viena en cuanto a que debería redactarse nuevamente el proyecto de artículo 29 a fin de centrarlo en el concepto de obligación recíproca del porteador y del cargador de cooperar entre sí de buena fe en el intercambio de información relacionada con el cumplimiento de las obligaciones respectivas contraídas en virtud del proyecto de convenio y que son necesarias para hacerlo. No obstante, los Estados Unidos estiman que la obligación de atender las solicitudes de información no debería abarcar la información e instrucciones que ya se conocen o que la parte requirente puede consultar razonablemente en fuentes independientes de información.

3. Por consiguiente se respalda la variante C del documento presentado por Suecia (A/CN.9/WG.III/WP.67, párr. 14) y se sugiere modificar el título del artículo para que refleje el carácter recíproco de la obligación. El artículo diría:

> *Artículo 29. Obligación del cargador y del porteador de facilitar información e instrucciones*
>
> *El porteador y el cargador atenderán de buena fe las solicitudes recíprocas razonables de información y de instrucciones que sean necesarias para la manipulación y el transporte seguros de las mercancías; esa información y esas instrucciones deberán estar en conocimiento de la parte requerida sin que la parte requirente tenga otro modo razonable de obtenerlas.*

III. Proyecto de artículo 30. Obligación del cargador de facilitar información, instrucciones y documentos

4. Los Estados Unidos comparten la preocupación expresada por varias delegaciones en el período de sesiones celebrado en Viena, motivada por la amplitud del alcance de las obligaciones enunciadas en el apartado b) del proyecto de artículo 30 (cumplimiento de leyes). En particular, es motivo de grave inquietud que en la variante A del documento presentado por Suecia (A/CN.9/WG.III/WP.67, párr. 20) se dé al apartado b) del proyecto de artículo 30 un alcance indebido, puesto que no queda claro si la obligación establecida en ese párrafo abarca las obligaciones jurídicas aplicables al cargador o al porteador. Además, no es razonable esperar que un cargador conozca específicamente cada ley y requisito aplicable al porteador que existan en ordenamientos extranjeros.

5. En caso de que el Grupo de Trabajo concluyera que la obligación de cumplir las exigencias impuestas por la ley ha de formar parte del proyecto de convenio, los Estados Unidos estiman que debe restringirse considerablemente tal obligación. El precepto podría ser más viable si la obligación del cargador se circunscribiera a proporcionar información relacionada con las mercancías y necesaria únicamente para facilitar al porteador el cumplimiento de las reglamentaciones que regulan el transporte, en la medida en que el cargador esté obligado por ley a proporcionar tal información o en la medida en que la información que el porteador necesita sea puesta oportunamente en conocimiento del cargador. Además, los Estados Unidos sostienen que no debería requerirse que el cargador proporcionase tales datos si el porteador puede obtener razonablemente la información por alguna otra vía. Los Estados Unidos entienden que la presente propuesta circunscribe dentro de lo que cabe una obligación que de otro modo sería excesivamente amplia, ambigua y susceptible de prestarse a múltiples interpretaciones.

6. Por consiguiente, los Estados Unidos prefieren decididamente la variante B enunciada en el documento presentado por Suecia, con las leves modificaciones que se indican a continuación.

Artículo 30. Obligación del cargador de facilitar información, instrucciones y documentos

El cargador deberá facilitar oportunamente al porteador la información, las instrucciones y los documentos relacionados con las mercancías que sean razonablemente necesarios para:

...

b) El cumplimiento por el porteador de las reglas y reglamentaciones de las autoridades gubernamentales que sean aplicables al transporte i) cuando en virtud de la ley aplicable, el cargador esté obligado a proporcionar tal información, tales instrucciones y tales documentos; o ii) cuando el porteador ponga oportunamente en conocimiento del cargador tal información, tales instrucciones y tales documentos. A reserva de lo que prescriba la ley aplicable, el cargador no estará obligado, en virtud del presente párrafo, a proporcionar información, instrucciones y documentos que puedan estar razonablemente al alcance del porteador; y

IV. Inversión del orden de los proyectos de artículo 29 y 30

7. La delegación de Suecia ha indicado que una forma de reducir el amplio alcance de la variante A del apartado b) del proyecto de artículo 30 (véase A/CN.9/WG.III/WP.67, párr. 14) consistiría en ampliar la obligación del porteador de facilitar información al cargador, impuesta por el proyecto de artículo 29, de modo que éste pueda cumplir las obligaciones del proyecto de artículo 28, disponiéndose que ha de facilitar, además, la información que el cargador necesite, a efectos de cumplir sus obligaciones conforme al proyecto de artículo 30. Ello se lograría si se invierte el orden de los artículos 29 y 30 (A/CN.9/WG.III/WP.67, párr. 11). Se trata de una nueva propuesta que no se ha examinado todavía. Al colocar el proyecto de artículo 29 después del proyecto de artículo 30 se amplía la información que ha de facilitar el porteador. Los Estados Unidos no son partidarios de esa modificación. Habida cuenta de que el proyecto de convenio establece un delicado equilibrio entre las obligaciones del cargador y del porteador, no es conveniente sumar aquí otra obligación a las que el porteador ya tiene.

V. Proyecto de artículo 31. Fundamento de la responsabilidad del cargador/Demora

8. Los Estados Unidos creen firmemente que debería excluirse del proyecto de convenio el concepto de responsabilidad por todo daño emergente imputable a la demora en que pudieren incurrir el cargador o el porteador. Si se incluye en el proyecto de convenio el concepto de responsabilidad del cargador por demora se da pie a que éste quede expuesto a una responsabilidad sin límites. La supresión de ese concepto del proyecto de convenio se justifica también por el hecho de que es difícil limitar de forma razonable y lógica la responsabilidad por daños imputables a la demora del cargador, así como establecer un régimen de la responsabilidad que permita ponerse a cubierto de los posibles riesgos vinculados a los daños que pudiera causar una demora. A fin de velar por la equidad y la imparcialidad del proyecto de convenio, debería suprimirse asimismo el concepto de responsabilidad del porteador frente al cargador por daños emergentes imputables a la demora, salvo que las partes consientan expresamente en ello por vía contractual. Si imputar responsabilidad al cargador por demora frente al porteador en virtud del proyecto de convenio expone a aquél a la posibilidad de incurrir en una responsabilidad considerable, lo mismo sucede si se imputa responsabilidad por demora al porteador frente al cargador. Un porteador podría verse expuesto a demandas de indemnización por daños y perjuicios imputables a una demora ajena a su voluntad (por ejemplo, demora en la obtención de un atracadero por congestión portuaria, imposibilidad de dar salida al cargamento por congestión de la terminal, la entrega atrasada por falta de transportistas o de equipo ferroviario). Imputar al porteador responsabilidad por daños ocasionados por la demora en la entrega propiciará el aumento considerable de demandas y de otros tipos de litigios, lo que no solo prolongará el tiempo de defensa o de satisfacción de las demandas e incrementará sus costas, sino que también aumentará los gastos de seguro, que se elevarán sin duda al haber mayores riesgos y desconocerse el número de demandas. Los posibles efectos económicos en la industria del transporte serán tales que la inclusión del

concepto de responsabilidad del porteador por concepto de demora en el proyecto de convenio podría inducir a los porteadores de ciertos ramos del transporte a no ofrecer servicios multimodales de puerta a puerta a fin de evitar la posibilidad de tales demandas. A juicio de los Estados Unidos, los propios interesados pueden abordar caso por caso con más propiedad la cuestión de la demora y de los consiguientes daños emergentes.

9. Si el Grupo de Trabajo decide mantener en el proyecto de convenio la disposición sobre la responsabilidad del porteador por daños emergentes imputables a la demora en la entrega, la delegación de los Estados Unidos estima que, para mantener un equilibrio justo, es indispensable incluir una disposición paralela relativa al cargador que incurra en demora y exponga al porteador a sufrir pérdidas como consecuencia de las demandas por demora que otros cargadores pudieran entablar contra él. Como se fijaría un límite a la responsabilidad del porteador por los daños ocasionados por la demora en la entrega, debería imponerse también un límite razonable a la responsabilidad del cargador.

10. La delegación de los Estados Unidos ha dedicado bastante tiempo a tratar de establecer un límite aceptable de la responsabilidad del cargador por los daños ocasionados por demora y considera que es una tarea sumamente difícil. Un tope basado en el flete pagado por el cargador demandado es, según los porteadores, excesivamente bajo; los cargadores, en cambio, consideran que otras fórmulas son excesivamente altas. Un porteador debería estar bien amparado de toda pérdida que sufra como consecuencia de los daños ocasionados por la demora de un cargador, aunque la responsabilidad que recaería en un cargador pueda ser considerable. Por lo tanto, los Estados Unidos consideran que la única forma equitativa de solucionar el dilema sería suprimir del proyecto de convenio el concepto de responsabilidad por daños imputables a la demora en el caso del cargador y, salvo que las partes en un contrato de transporte o en un contrato de volumen acuerden una fecha precisa de entrega de las mercancías, también en el caso del porteador.

11. Por último, respecto a si la responsabilidad del cargador debiera regularse por el principio de responsabilidad basado en la culpa que le fuera imputable o por el principio de responsabilidad objetiva, los Estados Unidos estiman que el incumplimiento de las obligaciones del cargador previstas en el proyecto de artículo 28 y en el apartado a) del proyecto de artículo 30 debería estar sujeto al principio de responsabilidad basado en la culpa, mientras que haber incumplido la obligación de facilitar información precisa debería regirse por el principio de responsabilidad objetiva. Los Estados Unidos no están seguros de si cabría o no imponer una responsabilidad objetiva al cargador por no haber facilitado la información prevista en el apartado b) del proyecto de artículo 30. Por un lado, una norma basada en el principio de la culpa que le fuera imputable podría ser apropiada habida cuenta de que el principio de responsabilidad objetiva crearía una excepción considerable a las normas de derecho marítimo existentes, además de ser injusto que se tuviera como objetivamente responsable al cargador por su incumplimiento de proporcionar información cuando ese incumplimiento no fuera culpa suya. Por otro lado, el principio de responsabilidad objetiva podría ser adecuado para el supuesto de un incumplimiento previsto en el apartado b) del artículo 30, ya que un porteador depende de la información que le facilite un

cargador para cumplir los requisitos legales, y el incumplimiento puede hacer incurrir en responsabilidad al porteador.

12. Por consiguiente, los Estados Unidos instan al Grupo de Trabajo a que tome en consideración la propuesta de proyecto de artículo 31 siguiente:

Artículo 31. Fundamento de la responsabilidad del cargador

1. El cargador será responsable frente al porteador en virtud del contrato de transporte y frente a toda parte ejecutante marítima de toda pérdida o daño ocasionados por las mercancías y del incumplimiento de las obligaciones que le imponen el artículo 28 y [el]los párrafo[s] a) [y b)] del artículo 30, siempre y cuando tal pérdida o daño sean causados por la falta del cargador o de alguna de las personas mencionadas en el artículo 35.*

2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, se considerará que el cargador ha garantizado la exactitud [y oportunidad] en el momento de recepción, por el porteador, de la información y de los documentos que deben proporcionarse conforme al [a los] apartado[s] [b) y] c) del artículo 30. El cargador deberá indemnizar al porteador de toda pérdida o daño que nazcan o se deriven de la inexactitud [o falta de puntualidad en la presentación] de la información, de las instrucciones y de los documentos.*

13. La supresión del concepto de responsabilidad del cargador y del porteador por demora requeriría las modificaciones correspondientes del capítulo 6 del proyecto de convenio enunciado en el documento A/CN.9/WG.III/WP.56 que se indican a continuación.

1) Se suprimiría el texto del proyecto de artículo 22 y se sustituiría por el siguiente:

Se considerará que hay demora en la entrega cuando las mercancías no se entreguen en el lugar de destino indicado en el contrato de transporte dentro del plazo explícitamente estipulado. Si la demora en la entrega ocasiona alguna pérdida no imputable a la pérdida de las mercancías transportadas o a algún daño material que les sea ocasionado, el porteador será responsable de dichas pérdidas únicamente si ha convenido expresamente en asumir responsabilidad por las pérdidas imputables a la demora en la entrega.

2) Se suprimirían íntegramente los párrafos 2 de los proyectos de artículo 24 y 66.

---

* Los Estados Unidos accederán a que se suprima del proyecto de texto de los artículos 31 y 33 la referencia a la responsabilidad del cargador por los daños imputables a la demora con la condición expresa de que se suprima también el concepto de responsabilidad imperativa del porteador por los daños emergentes imputables a la demora en la entrega enunciado en el artículo 22 del documento A/CN.9/WG.III/WP.56. Los Estados Unidos consideran que la responsabilidad del porteador por los daños emergentes imputables a la demora en la entrega guarda una relación directa con la cuestión de la responsabilidad del cargador por demora. Si el Grupo de Trabajo decide no suprimir tal concepto, la posición de los Estados Unidos es que debe reinsertarse la mención de la responsabilidad del cargador por demora, imponiéndose una limitación razonable.

3) Se revisaría el proyecto de artículo 65 para que dijera:

Toda indemnización por pérdida material o daño de las mercancías que sea imputable a la demora estará sujeta a lo dispuesto en el artículo 64. El porteador no será responsable de las pérdidas económicas ni de ninguna otra pérdida emergente imputable a la demora, salvo en lo dispuesto en el artículo 22.

4) Habría que suprimir las referencias a "demora" en las disposiciones siguientes:

- Cuatro referencias en el párrafo 1 del proyecto de artículo 17
- Siete referencias en el párrafo 2 del proyecto de artículo 17
- Una referencia en el párrafo 4 del proyecto de artículo 17
- Una referencia en el párrafo 1 del proyecto de artículo 20
- Una referencia en el párrafo 2 del proyecto de artículo 20
- Dos referencias en el párrafo 1 del proyecto de artículo 21
- Dos referencias en el párrafo 3 del proyecto de artículo 21
- Una referencia en el párrafo 1 del proyecto de artículo 25
- Tres referencias en el párrafo 2 del proyecto de artículo 26
- Una referencia en el párrafo 4 del proyecto de artículo 26
- Dos referencias en el párrafo 1 del proyecto de artículo 27
- Tres referencias en el párrafo 2 del proyecto de artículo 64.

14. Por último, si el concepto de responsabilidad por demora se suprime totalmente del proyecto de convenio en relación con el cargador y el porteador, debería agregarse un nuevo artículo al capítulo sobre las obligaciones del cargador, en el que se precise que la responsabilidad en que incurra por "daño o pérdida" no abarca la demora. A continuación figura el texto del nuevo artículo propuesto:

Artículo 36 bis. *Demora*

Los daños y perjuicios exigibles al cargador por el porteador conforme al presente capítulo por toda pérdida o daño, o por un incumplimiento de cualesquiera obligaciones que se estipulen en el presente proyecto de convenio, o en una indemnización o garantía previstas en el presente capítulo, no abarcarán los daños ocasionados por la demora de un buque o por la demora en la entrega de las mercancías cargadas en un buque que no sea el daño material ocasionado por la demora.

VI. Proyecto de artículo 33. Mercancías peligrosas

15. Deberían suprimirse las referencias a “demora” de los párrafos 2 y 3 del proyecto de artículo 33, por los mismos motivos expuestos en la nota de pie de página correspondiente al proyecto de artículo 31.

16. Los Estados Unidos estiman que habría que suprimir el párrafo 4 del proyecto de artículo 33 del documento presentado por Suecia (véase A/CN.9/WG.III/WP.67, párr. 31), nueva propuesta no examinada todavía, puesto que ampliaría innecesariamente la obligación del porteador. El tema se trata adecuadamente también en la propuesta de proyecto de artículo 29 enunciada en el párrafo 3 *supra*.

W. Preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: propuestas de la delegación de Italia presentadas al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 17º período de sesiones

(A/CN.9/WG.III/WP.70) [Original: inglés]

Nota de la Secretaría

En preparación del 17º período de sesiones del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte), el Gobierno de Italia presentó a la Secretaría el texto de propuestas relativas a los títulos de transporte y documentos electrónicos de transporte, al ámbito de aplicación, la autonomía contractual y las disposiciones conexas del proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías para su examen por el Grupo de Trabajo. El texto de las propuestas se reproduce en un anexo a la presente nota en la forma en que fue recibido por la Secretaría.

Anexo

Títulos de transporte y documentos electrónicos de transporte

1. La delegación de Italia ha examinado atentamente el documento A/CN.9/WG.III/WP.62 presentado a título informativo por la delegación de los Estados Unidos de América y, teniendo en cuenta el debate celebrado durante el seminario oficioso que la delegación de Italia acogió en Londres los días 23 y 24 de enero de 2006 y en el que se trataron, entre otras cosas, el proyecto de artículo 37[1] y el proyecto de artículo 40 3)[2], formula las propuestas que se exponen a continuación.

Artículo 37. Emisión de un título de transporte o de un documento electrónico de transporte

2. A pesar de que el artículo 23 de las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios de 1993 (RUU 500) requiere que en los conocimientos de embarque se indique el nombre del porteador, se considera que esa disposición no es de fácil interpretación y, por consiguiente, no protege suficientemente al vendedor FOB. Se sugiere, por lo tanto, que el apartado b) del proyecto de artículo 37, enunciado en el documento A/CN.9/WG.III/WP.56, se enmiende del modo siguiente:

> *b) El cargador o, si el cargador previene de ello al porteador,* ***el consignador o*** *la persona a la que se hace referencia en el artículo 34, tendrá derecho a obtener del porteador,* ***previa presentación del título de***

---

[1] Resumen del debate celebrado el primer día del seminario oficioso con respecto al proyecto de artículo 37: Se planteó entonces la pregunta de qué ocurriría en situaciones en las que el consignador no tuviera derecho alguno a obtener un título de transporte negociable, como indica el presente proyecto, pero necesitara uno para el crédito documentario. Además, se planteó la cuestión de si la introducción de dos deberes distintos de emisión de documentos entrañaría un riesgo de conflicto de documentación. Se respondió que la atención se centraba aquí en los casos en los que el consignador y el cargador entraran en alguna clase de conflicto. El proyecto de artículo protege al porteador al prevenirlo de que ha de invocar el contrato con el cargador en caso de conflicto. Si se realiza conforme a lo dispuesto en el proyecto de artículo 37, la emisión a favor de un cargador documentario exime de responsabilidad frente al cargador.

[2] Resumen de los debates celebrados el primer día del seminario oficioso sobre el proyecto de artículo 40 3): En los debates se manifestaron tres opiniones. Por un lado, algunas delegaciones propugnaron que no se ofreciera al demandante protección alguna a este respecto y que se suprimiera el párrafo 3) del proyecto de art. 40. Otras abogaron por el mantenimiento de esa disposición en su forma actual. Sin embargo, la mayoría de las delegaciones que participaron en el seminario oficioso apoyaron en general la opinión de que debía hallarse una vía intermedia como solución posible que podría concitar amplio apoyo en el Grupo de Trabajo. Se sugirieron las posibles siguientes vías intermedias:

- Hacer que incurra en responsabilidad la parte contratante inmediata, por ejemplo, el agente que firme el contrato.
- Presumir que el nombre que figura en el título de transporte es el del porteador. Durante el período utilizado para rebatir esta presunción debería dejar de correr el plazo límite.
- Dejar en suspenso el plazo límite si el demandante presenta una demanda equivocada y no se le informa de quién es el demandado.
- Privar al porteador del derecho a limitar la responsabilidad.

Se alentó a los participantes en el seminario oficioso a que estudiaran otras posibles vías de regular la cuestión para que las examinara el Grupo de Trabajo.

***transporte o previa transmisión del documento electrónico de transporte**, un título de transporte negociable apropiado o, con arreglo a lo dispuesto en el apartado a) del artículo 5, un documento electrónico de transporte negociable apropiado, salvo que el cargador y el porteador hayan convenido, explícita o implícitamente, en que no se utilice ni título de transporte ni documento electrónico de transporte negociable alguno, o salvo que utilizar dicho título o documento sea contrario a la costumbre, los usos o la práctica comercial del ramo.*

Artículo 40 3). Deficiencias en los datos del contrato

3. Se sugiere que este párrafo deje de figurar entre corchetes y que el texto enunciado en el documento A/CN.9/WG.III/WP.56, se enmiende del modo siguiente:

*3. Si los datos del contrato no ~~identifican al~~ **indican el nombre y la dirección del** porteador, pero señalan que las mercancías han sido cargadas a bordo de un buque designado, se presumirá que el propietario inscrito del buque es el porteador. El propietario inscrito podrá rebatir esa presunción si ~~prueba que el buque se hallaba, al efectuarse el transporte, bajo contrato con un fletador que haya fletado el buque a casco desnudo, lo que transfiere la responsabilidad contractual del transporte de las mercancías al fletador identificado como fletador a casco desnudo. [Si el propietario inscrito rebate la presunción de que él es el porteador con arreglo al presente artículo, se presumirá que el fletador a casco desnudo en el momento del transporte es el porteador, al igual que se presumió que el propietario inscrito era el porteador~~ **determina la identidad del porteador que emitió el título de transporte en el que deberían haber constado su nombre y dirección. El período mencionado en el artículo 69 no deberá contarse a partir de la fecha de iniciación de procedimientos judiciales [o arbitrales] en contra del propietario inscrito sino desde que hayan transcurrido 90 días a contar de la fecha en la que el propietario inscrito haya determinado la identidad del porteador**.*

4. Se considera asimismo, que la persona que el propietario haya determinado que es el porteador debe tener alguna vinculación, aunque sea indirecta, con el título de transporte.

5. La objeción de que podría darse el caso de que el propietario inscrito no fuera el porteador y de que fuera incluso una institución financiera no parece tener mucho fundamento, porque en tal caso el propietario inscrito podría obtener las debidas garantías del operador. Hay que tener en cuenta que existen situaciones en las que el propietario inscrito es responsable, independientemente de que sea o no el operador del buque. Tal es el caso en virtud del Protocolo de 1992 por el que se modifica el Convenio internacional de 1969 sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos (CLC 1992).

Ámbito de aplicación, autonomía contractual y disposiciones conexas

6. La delegación de Italia apoya la propuesta presentada por Finlandia, que figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.61, pero presenta una posible simplificación de los proyectos de artículo 9 y 10 para su examen por el Grupo de Trabajo. Las variantes propuestas son las siguientes:

Artículo 9. Exclusiones concretas

A reserva de lo dispuesto en el artículo 10, el presente Convenio no será aplicable:

a) a los siguientes contratos de transporte por servicio de línea:

i) [contratos documentados por] pólizas de fletamento, y

ii) contratos para la utilización de un buque o de algún espacio en el interior de un buque sean o no pólizas de fletamento [estén o no documentados por pólizas de fletamento];

b) a los contratos de transporte por servicio no regular, excepto cuando el contrato de transporte quede documentado únicamente por un título de transporte o un documento electrónico de transporte que deje además constancia de la recepción de las mercancías.

Artículo 10. Restricciones a las exclusiones concretas

El presente Convenio será aplicable a la relación entre el porteador y toda otra parte que no sea el cargador en los contratos de transporte excluidos en virtud del artículo 9.

Nota: El presente texto abarca de manera provisional únicamente la variante con arreglo a la cual no se requiere la emisión de un título o documento.

V. POSIBLE LABOR FUTURA

A. Nota para la Secretaría sobre posible labor futura en materia de comercio electrónico

(A/CN.9/604) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1-6
II.	Posibles temas para un amplio documento de referencia en materia de comercio electrónico	7-62
	A. Autentificación y reconocimiento transfronterizo de las firmas electrónicas	7-17
	1. Los problemas	7-13
	2. Justificación y enfoque propuesto	14-17
	B. Responsabilidad y normas de conducta para los proveedores de servicios de información	18-24
	1. Los problemas	18-21
	2. Justificación y enfoque propuesto	22-24
	C. Facturación electrónica y cuestiones jurídicas relacionadas con las cadenas de suministro en el comercio electrónico	25-31
	1. Los problemas	25-28
	2. Justificación y enfoque propuesto	29-31
	D. Transferencia de derechos sobre bienes corporales y otros derechos mediante comunicaciones electrónicas	32-41
	1. Los problemas	32-38
	2. Justificación y enfoque propuesto	39-41
	E. Competencia desleal y prácticas comerciales engañosas en el comercio electrónico	42-46
	1. Los problemas	42-43
	2. Justificación y enfoque propuesto	44-46
	F. Vida privada y protección de los datos en el comercio electrónico	47-52
	1. Los problemas	47-49
	2. Justificación	50-52
	G. Otros elementos a tener en cuenta para formular un marco jurídico sólido para el comercio electrónico	53-62
	1. Protección de los derechos de propiedad intelectual	53-57
	2. Protección del consumidor en el comercio electrónico	58-60
	3. Comunicaciones electrónicas no solicitadas (spam)	61
	4. Ciberdelincuencia	62
III.	Naturaleza propuesta de la labor futura	63-65

I. Introducción

1. En su 38º período de sesiones, la Comisión consideró la posibilidad de emprender una labor futura en materia de comercio electrónico basándose en una nota presentada por la Secretaría en cumplimiento del mandato de la Comisión de coordinar las iniciativas internacionales para la armonización de la legislación en el ámbito del derecho mercantil internacional[1], nota en que la Secretaría resumió la labor realizada por otras organizaciones en diversas esferas relacionadas con el comercio electrónico (A/CN.9/579). Se señaló que la diversidad de cuestiones que abordaban en la actualidad distintas organizaciones eran una indicación de la variedad de elementos necesarios para instaurar un marco jurídico favorable al comercio electrónico.

2. Se señaló entonces que la Ley Modelo de la CNDUMI sobre Comercio Electrónico[2], la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas[3], así como la Convención sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales[4], que la Comisión aprobó en aquel período de sesiones constituían una buena base para que los Estados facilitaran el comercio electrónico, pero solo abordaban un número limitado de cuestiones. Se necesitaba hacer mucho más para aumentar la confianza y la fe en el comercio electrónico, por ejemplo normas apropiadas sobre la protección del consumidor y la vida privada, el reconocimiento transfronterizo de las firmas electrónicas y los métodos de autenticación, medidas para combatir los delitos informáticos y la ciberdelincuencia, seguridad de las redes e infraestructura fundamental para el comercio electrónico, y protección de los derechos de propiedad intelectual en relación con el comercio electrónico, entre otros aspectos. Se señaló también que en la actualidad no existía ningún documento internacional que impartiera orientación y al que pudieran remitirse con carácter universal los legisladores y los encargados de definir las políticas aplicables al comercio electrónico si buscaban asesoramiento sobre estos diversos aspectos. La labor de unos y otros, en particular en los países en desarrollo, podría facilitarse mucho si se prepara dicho documento general de referencia[5].

3. La Comisión acogió con beneplácito la información proporcionada en la nota de la Secretaría y confirmó la utilidad de esta visión panorámica multisectorial de las actividades, desde la perspectiva tanto de su labor de coordinación como del servicio de información que cabría prestar a los Estados Miembros. Hubo acuerdo

---

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo período de sesiones, Suplemento núm.17* (A/60/17), párrafos 213 a 215.

[2] El texto de la Ley Modelo puede verse en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/51/17), anexo I. La Ley Modelo y la Guía para la incorporación al derecho interno, que la acompaña, se han editado como publicación de las Naciones Unidas (núm. de venta S.99.V.44).

[3] El texto de la Ley Modelo figura en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/56/17), anexo II. La Ley Modelo y la Guía para la incorporación al derecho interno, que la acompaña, se han editado como publicación de las Naciones Unidas (núm. de venta S.02.V.8).

[4] El texto de la Convención puede verse en el anexo de la resolución 60/21 de la Asamblea General, de 23 de noviembre de 2005.

[5] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo período de sesiones, Suplemento núm.17* (A/60/17), párr. 213.

general en que sería útil que la Secretaría preparase un estudio más detallado, en cooperación y consulta con las demás organizaciones internacionales interesadas, para someterlo al examen de la Comisión en su 39º período de sesiones, en 2006. Este panorama detallado, que podría contener propuestas sobre la forma y naturaleza del documento de consulta que se previera elaborar, sería útil para que la Comisión pudiera examinar posibles ámbitos en los que emprender iniciativas legislativas en el futuro, así como los campos en que los legisladores y los responsables de adoptar las políticas pudieran aprovechar una información global, que no debería revestir necesariamente la forma de orientaciones legislativas concretas. Al examinar esta cuestión, la Comisión debía tener presente la necesidad de velar por que se tomaran medidas apropiadas de coordinación y consulta con otras organizaciones, y de evitar duplicaciones o solapamientos de actividades[6].

4. Por lo que atañe a la gama de cuestiones que procede considerar en esa panorámica detallada, se propusieron los temas siguientes: la transferencia de derechos sobre bienes corporales u otros derechos mediante comunicaciones electrónicas, los derechos de propiedad intelectual, la seguridad de la información, el reconocimiento transfronterizo de las firmas electrónicas, la facturación electrónica y la solución de controversias por vía informática. Además, se señalaron a la Comisión las recomendaciones sobre la labor futura que había formulado el Grupo de Trabajo (véase el documento A/CN.9/571, párr. 12). Se convino en que se debían examinar también en el contexto del panorama detallado que ha de preparar la Secretaría, por cuanto algunas de ellas no quedarían reflejadas en las notas explicativas de la Convención sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, que la Secretaría había preparado conforme a lo solicitado por la Comisión (véase A/CN.9/608 y adiciones 1 a 4), ni en otras labores de información realizadas por la Secretaría, por ejemplo acerca de la supervisión de la aplicación de las Leyes Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico y sobre las Firmas Electrónicas, o la recopilación de resoluciones judiciales sobre las cuestiones abordadas en dichas Leyes Modelo[7].

5. Esta nota se presenta a petición de la Comisión. En ella se determinan las cuestiones que se proponen para su inclusión en un amplio documento de referencia. En la presente nota se explica la relación entre las diversas cuestiones y la labor de la Comisión y se sugieren posibles maneras de afrontarlas.

6. La presente nota debería leerse conjuntamente con la nota A/CN.9/579, relativa a la labor de otras organizaciones en el campo del comercio electrónico, que se presentó a la Comisión en su 38º período de sesiones, y con la nota A/CN.9/598, párrafos 15 a 34, del actual período de sesiones, que contiene información actualizada sobre el mismo asunto. Con miras a evitar repeticiones, y en cumplimiento de las directrices de la Asamblea General para la limitación de la documentación, en la presente nota se omiten las referencias ya consignadas en esas dos notas anteriores.

---

[6] *Ibid.*, párr. 214.
[7] *Ibid.*, párr. 214.

II. Posibles temas para un amplio documento de referencia en materia de comercio electrónico

A. Autentificación y reconocimiento transfronterizo de las firmas electrónicas

1. Los problemas

7. En un contexto electrónico, el original de un mensaje no puede distinguirse de una copia, no lleva ninguna firma manuscrita y no figura sobre papel. Esta situación puede hacer temer que se haga uso indebido o fraudulento debido a que resulta fácil interceptar y alterar información consignada en forma electrónica sin ser detectado y debido a la velocidad con que se procesan múltiples operaciones. La finalidad de las diversas técnicas actualmente disponibles en el mercado o en elaboración es ofrecer medios técnicos a través de los cuales algunas o todas las funciones conocidas como características de las firmas manuscritas puedan llevarse a cabo en un contexto electrónico. Esas técnicas pueden denominarse, en un sentido amplio, "firmas electrónicas".

8. En una de esas técnicas se utilizan pares de "claves" matemáticamente conexas (es decir, largas cifras elaboradas mediante una serie de fórmulas matemáticas) para generar una firma electrónica (llamada "firma digital") y para verificar que tiene su origen en el signatario declarado. Una de esas claves (la "clave privada", mantenida secreta por el signatario) se utiliza para crear una firma digital o para transformar datos en una fórmula que resulte con toda evidencia ininteligible, mientras que la otra clave (la "clave pública", comunicada al destinatario) es empleada para verificar una firma digital o para volver a poner el mensaje en su forma original. No obstante, dado que una clave pública y una privada no guardan una relación intrínseca con una persona, el destinatario precisa garantías suplementarias sobre la utilidad de la clave pública para identificar al signatario. Un tipo de solución para este problema radica en la utilización de un tercero o varios para asociar al signatario identificado, o el nombre de este, con una clave pública específica. Por lo general, esos terceros se conocen como "proveedores de servicios de certificación", y en varios países sus funciones se organizan jerárquicamente en lo que a menudo se denomina "infraestructura de clave pública" (ICP). Sin embargo, existen otras soluciones como, por ejemplo, los certificados emitidos por las partes que se fían del mensaje.

9. En la práctica, los proveedores de servicios de certificación emiten certificados con diversos niveles de fiabilidad en función de las finalidades para las cuales sus clientes se proponen utilizar los certificados. Según su nivel respectivo de fiabilidad, los certificados y las firmas electrónicas pueden surtir distintos efectos jurídicos, tanto en el país como en el extranjero. Por ejemplo, en determinados países, incluso los certificados que a veces se denominan "de bajo nivel" o "de bajo valor" podrían, en ciertas circunstancias (por ejemplo, cuando las partes hubieran convenido contractualmente utilizar esos instrumentos), surtir efectos jurídicos.

10. Pueden plantearse problemas jurídicos con respecto a los certificados cruzados o al encadenamiento de certificados cuando hubiera múltiples políticas de seguridad. Como ejemplos de estos problemas cabe citar la determinación de quién

ha tenido una conducta indebida que ha causado una pérdida y en cuyas declaraciones el usuario confiaba. Estas cuestiones se regulan a menudo a nivel de los contratos, mediante declaraciones de prácticas de certificación y condiciones generales contractuales de los proveedores de servicios de certificación. Con miras a promover el desarrollo de una industria que aún está en sus comienzos, y a fin de protegerla del riesgo de demandas por daños emergentes, en algunos ordenamientos se admiten las limitaciones o las exclusiones de responsabilidad cuando los niveles y las políticas de seguridad se dan a conocer a los usuarios y no existe negligencia por parte de las autoridades de certificación. No obstante, la posibilidad de que los proveedores de servicios de certificación excluyan su responsabilidad por pérdidas o daños causados por el incumplimiento del servicio o limiten sus responsabilidades en tales casos, puede variar de un país a otro.

11. Además de las "firmas digitales" basadas en criptografía de clave pública, existen otros dispositivos que también entran en el concepto más amplio de los mecanismos de las "firmas electrónicas", que pueden utilizarse actualmente o cuya utilización pueda preverse en el futuro con miras a cumplir una o más de las funciones mencionadas de las firmas manuscritas. Por ejemplo, ciertas técnicas se basan en la autenticación mediante un dispositivo biométrico basado en firmas manuscritas. Según este dispositivo, el signatario firma manualmente, utilizando un bolígrafo especial, en una pantalla de computadora o en un tablero digital. A continuación la firma manuscrita es analizada por la computadora y archivada como un conjunto de valores numéricos que puede adjuntarse a un mensaje de datos y que la parte que confía puede visionar a efectos de autenticación. Ese sistema de autenticación presupondría el análisis previo de muestras de la firma manuscrita y su archivo mediante el dispositivo biométrico. En otras técnicas se recurriría a la utilización de números de identificación personal (NIP), que son versiones digitalizadas de las firmas manuscritas, así como otros métodos como el consistente en pulsar en un recuadro que diga "ok".

12. El artículo 12 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas alienta a los Estados a promover el reconocimiento transfronterizo de las firmas electrónicas. El párrafo 1 de ese artículo refleja el principio básico de que la posibilidad y el grado en que un certificado o una firma electrónica pueda surtir efecto jurídico no debería depender del lugar en que se haya emitido el certificado o la firma electrónica sino de su fiabilidad técnica. El párrafo 2 de dicho artículo prevé el criterio general del reconocimiento transfronterizo de los certificados sin el cual los proveedores de servicios de certificación tendrían tal vez que soportar la carga onerosa de tener que obtener licencias en varios Estados. El umbral para la equivalencia técnica de los certificados extranjeros se basa en la prueba de su fiabilidad frente a los requisitos de fiabilidad establecidos por el Estado promulgante conforme a la Ley Modelo, independientemente de la naturaleza del sistema de certificación del Estado en que tengan su origen el certificado o la firma.

13. Los párrafos 2 y 3 del artículo 12 de la Ley Modelo sobre las Firmas Electrónicas regulan exclusivamente el criterio de la fiabilidad transfronteriza que debe aplicarse al evaluar la fiabilidad de un certificado o de una firma electrónica extranjeros. Sin embargo, en la preparación de la Ley Modelo, se tuvo presente que los Estados promulgantes tal vez desearan obviar la necesidad de un criterio de fiabilidad con respecto a determinadas firmas o certificados cuando el Estado promulgante tuviera la convicción de que la ley del Estado de origen de la firma o

del certificado preveía una norma suficiente en cuanto a la fiabilidad. Con respecto a las técnicas jurídicas mediante las cuales un Estado promulgante pudiera reconocer anticipadamente la fiabilidad de los certificados y de las firmas y de que tanto los certificados como las firmas cumplían la ley de un país extranjero (por ejemplo, una declaración unilateral o un tratado), la Ley Modelo no prevé nada en concreto.

2. Justificación y enfoque propuesto

14. Se considera que la falta de normas comunes para el reconocimiento transfronterizo de las firmas electrónicas y otros métodos de autenticación representa un gran obstáculo para las operaciones comerciales transfronterizas. En este contexto se plantean principalmente dos problemas. Por un lado, las medidas y los sistemas tecnológicos aplicables a las firmas electrónicas, y en particular a las firmas digitales, son actualmente demasiado diferentes para propiciar normas internacionales uniformes. Por otro lado, el temor al fraude y a la manipulación de las comunicaciones electrónicas ha inducido a algunos Estados a establecer requisitos reglamentarios considerablemente estrictos, que a su vez pueden haber desalentado la utilización de firmas electrónicas y, en particular, de firmas digitales.

15. Una amplia adhesión a la recientemente adoptada Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, en cuyo artículo 9 se prevé la equivalencia funcional entre las firmas electrónicas y los tipos tradicionales de firma, podría contribuir en gran medida a facilitar la utilización transfronteriza de las firmas electrónicas. No obstante, la notarización de los documentos electrónicos y de las firmas electrónicas en archivos gubernamentales o en otros archivos oficiales son problemas frente a los cuales los gobiernos son proclives a retener normas nacionales susceptibles de obstaculizar o impedir el reconocimiento de firmas electrónicas extranjeras.

16. Las cuestiones descritas han sido examinadas por varias organizaciones internacionales, entre ellas la OCDE (véase A/CN.9/579, párrs. 43 a 46; A/CN.9/598, párrs. 27 y 28); la Unión Europea (A/CN.9/579, párr. 34; A/CN.9/598, párr. 21); la APEC (cooperación económica en Asia y el Pacífico) (A/CN.9/579, párrs. 22 a 26; A/CN.9/598, párr. 17), y la Secretaría del Commonwealth (A/CN.9/598, párr. 20). No todas las organizaciones se ocupan de cada uno de los aspectos de estos problemas y la perspectiva con que los abordan no es necesariamente idéntica. Esta diversidad de fuentes y de enfoques no facilita la tarea de los legisladores y de las autoridades normativas interesadas en establecer un sólido marco jurídico para la intercambiabilidad y la utilización transfronteriza de las firmas electrónicas.

17. La Comisión tal vez desee plantearse la utilidad de incluir las cuestiones de la autenticación y del reconocimiento transfronterizo de las firmas electrónicas en un documento general de referencia.

B. Responsabilidad y normas de conducta para los proveedores de servicios de información

1. Los problemas

18. Los proveedores de servicios de información desempeñan una función esencial en el funcionamiento de Internet. Son por lo general los intermediarios que transmiten o reciben información enviada por terceros, aunque no participan en la decisión de difundir un determinado material. La responsabilidad puede derivarse de teorías de violación activa, directa e indirecta del derecho internacional extracontractual, del derecho penal y del derecho de la propiedad intelectual. En la mayoría de los casos, la situación se produce debido a que los proveedores de servicios toman parte en el proceso técnico de transmisión o almacenamiento de información de todo tipo destinada a terceros.

19. La responsabilidad por los contenidos ilícitos o los actos ilícitos de sus usuarios guarda relación con la oportunidad y las posibilidades de control que los proveedores de servicios de información pueden ejercer. Las posibilidades de almacenamiento y transmisión de archivos de datos en redes de datos han multiplicado las oportunidades de actuar ilícitamente y han reducido las posibilidades de detección y de control. Por este motivo, la imposición de una responsabilidad general a los proveedores de servicios equivaldría a establecer el pago de derechos por supervisar y filtrar todo contenido transmitido o almacenado; esto representaría una tarea onerosa para los proveedores de servicios de información por razones técnicas y económicas y además sería inaceptable por otras razones. A consecuencia de ello, muchos países se han percatado de la necesidad de limitar la responsabilidad de los servicios de información.

20. No obstante, es conveniente ponderar el interés en limitar la responsabilidad de los proveedores de servicios teniendo en cuenta los intereses de los titulares de derechos y de las partes que resulten lesionadas al ejecutarse sus derechos y al considerar responsables a todas las partes que hayan intervenido. No parece necesario que los enfoques sean idénticos; pueden diferir en función de las circunstancias particulares y de las tradiciones jurídicas de cada país. Sin embargo, deberían ser intercambiables para que las redes mundiales y el comercio electrónico funcionaran sin tropiezos.

21. Otra serie de problemas jurídicos es la que se deriva de la posible responsabilidad de los proveedores de servicios de información por los fallos que se produzcan durante la transmisión de los mensajes (demora en la entrega o pérdida de la información), o por el mal funcionamiento de los sistemas de archivo de datos (pérdida de datos almacenados o acceso no autorizado de terceros a los datos). Por lo general, estas cuestiones se regularían a nivel contractual al estipularse las condiciones generales de los contratos de los proveedores de servicios de información. Sin embargo, es probable que varíe de un país a otro el grado en que los proveedores de servicios de información pueden excluir su responsabilidad por la pérdida o los daños dimanantes de un fallo en los servicios.

2. Justificación y enfoque propuesto

22. Los problemas descritos pueden afectar al comercio nacional e internacional de muchos modos. La falta de reglas apropiadas, de directrices o de códigos voluntarios de conducta, o incluso la percepción de una protección jurídica insuficiente, minan la confianza en el comercio electrónico y constituyen un obstáculo para su desarrollo. Las diferencias entre las normas vigentes en los países pueden afectar también a la oferta de bienes y servicios, dado que las entidades mercantiles que operan en un marco legal menos desarrollado o excesivamente tolerante pueden gozar de una ventaja competitiva injusta, frente a las empresas que deben cumplir requisitos más estrictos. En algunos casos, en los países con un marco legal menos estricto se pueden propiciar las operaciones de entidades mercantiles interesadas en protegerse de toda responsabilidad, cuando en otros regímenes más estrictos tendrían que afrontar esa responsabilidad. Es preciso ponderar el interés de esas empresas en atraer inversiones teniendo en cuenta el riesgo de que el país anfitrión se considere un lugar seguro para realizar prácticas comerciales inequitativas, lo cual puede perjudicar la reputación de todo un sector mercantil.

23. Las cuestiones que acaban de describirse, o algunos aspectos de las mismas han sido examinadas por varias organizaciones internacionales, entre ellas la UIT (A/CN.9/579, párrs. 13 a 15; A/CN.9/598, párrs. 24 a 26); OCDE (véase A/CN.9/579, párrs. 43 a 51); la Unión Europea (A/CN.9/579, párrs. 32 a 36); la cooperación económica en Asia y el Pacífico (APEC) (A/CN.9/579, párrs. 22 a 26; A/CN.9/598, párrs. 15 a 17); la Secretaría del Commonwealth (A/CN.9/579, párr. 27; A/CN.9/598, párrs. 18 a 20); y la Cámara de Comercio Internacional (CCI) (A/CN.9/579, párrs. 53 a 56). No todas las organizaciones abordan cada uno de los aspectos de estos problemas y la perspectiva desde la que cada organización los analiza no es necesariamente idéntica. Esta diversidad de fuentes y de enfoques no facilita la labor de los legisladores y de las autoridades normativas interesadas en establecer un sólido marco jurídico para la prestación de servicios de información.

24. La Comisión tal vez desee plantearse la utilidad de incluir las cuestiones de responsabilidad y las normas de conducta para los proveedores de servicios de información en un documento general de referencia.

C. Facturación electrónica y cuestiones jurídicas relacionadas con las cadenas de suministro en el comercio electrónico

1. Los problemas

25. Actualmente es un hecho ampliamente reconocido que la sustitución de los documentos sobre papel relativos al comercio y al transporte por comunicaciones electrónicas puede ayudar a generar notables economías y un incremento de la eficiencia en el comercio internacional. Los equivalentes electrónicos de las facturas sobre papel desempeñan, en este proceso, una función clave. Si las facturas recibidas por un comprador pueden procesarse electrónicamente, habrá un aumento de la eficiencia en la gestión del capital de operaciones. Ello es particularmente cierto en el caso de las operaciones geográficamente dispersas, que pueden requerir cierto tiempo solo para trasladar los documentos de papel de un lugar a otro, pero a

menudo este hecho es cierto también para las empresas que están ubicadas en un mismo lugar. Por ejemplo, tanto el comprador como el proveedor pueden salir beneficiados si el comprador puede aprovechar los descuentos ofrecidos si paga pronto, y es mucho más probable que este sea el caso cuando el ciclo de envío y pago de facturas se reduce en semanas y quizá transcurre en un mismo día o en "tiempo real".

26. No obstante, las economías de costos y el aumento de eficiencia gracias a la facturación electrónica dependen en cierta medida de la uniformidad. Desde mediados del decenio de 1990, muchos proveedores han establecido sus propios sistemas independientes que permiten a sus clientes controlar las facturas por vía informática; esto es uniforme para el proveedor, pero no para el comprador. Un comprador puede estar dispuesto a invertir los recursos necesarios para ajustarse al sistema de facturación electrónica de un importante proveedor pero le puede resultar una tarea descomunal aplicar a la vez varios sistemas incompatibles de diversos proveedores, con lo cual puede incluso renunciar a los incentivos en los precios y no convertirse en el cliente selectivo de múltiples proveedores sino en el rehén de uno solo.

27. Una empresa, que a menudo es un banco o un miembro de un consorcio, puede lograr mejoras en la uniformidad para los compradores al actuar como unificador para varios proveedores, si bien esta no es la ventaja que se destaca sino más bien los habituales beneficios externos del ahorro de costos, la reducción del capital comprometido o el incremento de la eficiencia para los proveedores. Algunos consorcios llegan a unificar las facturas de sus filiales, que tal vez pueden estar cifradas en distintas monedas, recurriendo a un sistema de compensación por saldos netos, y enviar a continuación a cada comprador una única factura en una única moneda, lo cual reduce también de forma radical la necesidad de capital de operaciones. Además, los bancos que proporcionan financiación a cambio de facturas pueden hacerlo con mayor eficiencia si aumenta la uniformidad. En resumidas cuentas, el mayor grado de eficiencia para los proveedores, los compradores y los bancos se lograría mediante sistemas uniformes aplicables a amplias áreas, pero las fuerzas del mercado pueden no favorecer tanto la uniformidad como la desfavorecen obstáculos tales como las fronteras y reglamentaciones nacionales.

28. La intervención gubernamental en las normas de facturación electrónica puede hacer progresar ámbitos conexos de la legislación sobre comercio electrónico, como la retención de archivos y de firmas electrónicas; si las facturas sujetas a impuestos son electrónicas, debe abordarse la retención electrónica de archivos, y si esas facturas deben estar firmadas o selladas por el proveedor, deben preverse firmas electrónicas u otras formas de autenticación electrónica. Los Estados han fijado muy diversos requisitos que han dificultado los métodos para uniformizar la facturación electrónica que pueden permitir ahorrar gastos y que podrían ser adoptados por empresas incluso de una misma industria. Entre esos obstáculos cabe destacar la posibilidad de que las facturas electrónicas sean rechazadas por las agencias tributarias nacionales, así como la preocupación por el reconocimiento transfronterizo de las firmas electrónicas, en la medida en que sean requeridas para la validez de una factura electrónica. En efecto, varios países que han promulgado legislación que permite la facturación electrónica exigen expresamente que las facturas electrónicas estén firmadas electrónicamente (y a veces incluso prescriben

el tipo de firma que debe emplearse) o bien requieren indirectamente la utilización de un método de autenticación para que se controle mínimamente la autenticidad y la integridad de los datos de la factura.

2. Justificación y enfoque propuesto

29. La introducción de las facturas electrónicas y de aspectos conexos de las cadenas de suministro electrónicas plantea una serie de problemas de gestión técnica y mercantil. No obstante, desde el punto de vista jurídico pueden plantearse principalmente dos tipos de problemas: a) cómo asegurar la autenticidad y la integridad de la factura electrónica y b) cómo cumplir los requisitos de retención de archivos. Estos problemas no son novedosos para la CNUDMI, puesto que ya se abordaron en las disposiciones sobre las firmas electrónicas y los equivalentes electrónicos de los documentos "originales" y sobre la retención de archivos electrónicos en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (artículos 8 y 10, respectivamente). Mas recientemente, las condiciones para la equivalencia funcional entre archivos electrónicos y documentos "originales" sobre papel se han enumerado en los párrafos 4 y 5 del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales. Sin embargo, para resolver satisfactoriamente estos problemas en un contexto internacional sería necesario, entre otras cosas, disponer de un sistema que funcionara para el reconocimiento transfronterizo de los métodos electrónicos de autenticación.

30. Varias organizaciones han estado ocupándose de la formulación de normas para la facturación electrónica y del desarrollo de cadenas electrónicas de suministro o de cuestiones conexas, entre ellas la Comisión para Europa de las Naciones Unidas (CEPE) (A/CN.9/598, párrs. 31 y 32); la Organización Mundial de Aduanas (OMA) (A/CN.9/579, párr. 52), y la Unión Europea (A/CN.9/579, párr. 38). A pesar de sus esfuerzos, parece evidente que los obstáculos jurídicos para la introducción de las cadenas de suministro sin soporte de papel a escala internacional subsistirán mientras no se hayan aplicado universalmente los principios básicos de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico.

31. La Comisión tal vez desee plantearse la utilidad de incluir en un documento general de referencia las cuestiones de las facturas electrónicas y de las cadenas de suministro electrónicas en su examen de las cuestiones jurídicas relativas a la autenticación y al reconocimiento transfronterizo de las firmas electrónicas.

D. Transferencia de derechos sobre bienes corporales y otros derechos mediante comunicaciones electrónicas

1. Los problemas

32. El desarrollo de equivalentes electrónicos de los métodos tradicionales, principalmente con soporte de papel, para transmitir o crear derechos sobre bienes corporales u otros derechos puede enfrentarse con serios obstáculos cuando el derecho exige la presentación física de bienes o de documentos sobre papel para transmitir la propiedad o perfeccionar garantías reales sobre esos bienes o sobre los derechos representados por el documento. El problema particular que presenta el

comercio electrónico es cómo ofrecer una garantía del carácter único (o singularidad) equivalente a la posesión natural de un documento que incorpora la propiedad o de un título negociable. Las técnicas, como las basadas en una combinación de la indicación de la hora y otras técnicas de seguridad, se habían acercado a dar una solución técnica al problema de la singularidad. Pero hasta que se hallase una solución enteramente satisfactoria, los equivalentes electrónicos de la negociabilidad con soporte de papel tendrían que fiarse de sistemas de "registro central", en los que una entidad central operase la transmisión de la propiedad de una parte a la siguiente.

33. Los obstáculos jurídicos derivados de la existencia de requisitos de escritura y firma y el valor probatorio de las comunicaciones electrónicas ya han sido resueltos en los artículos 5 a 10 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. Los asuntos relativos al perfeccionamiento del contrato en un entorno electrónico están resueltos en los artículos 11 a 15 de la Ley Modelo. Igualmente, las cuestiones referentes al uso de medios electrónicos de identificación para satisfacer los requisitos de firma han sido abordadas en el artículo 7 de la mencionada Ley Modelo y se tratan además en el proyecto de Ley Modelo de la CNUDMI para las Firmas Electrónicas. Más recientemente, los requisitos de "escrito", "firma" y "original" se regularon en el artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales.

34. Resulta mayor la dificultad de establecer la equivalencia funcional entre el método de transferencia o de creación en las comunicaciones sobre papel y el electrónico. Si la legislación exige la entrega física de los bienes a efectos de transmitir la propiedad o perfeccionar las garantías reales sobre sus bienes, no sería suficiente un mero intercambio de mensajes electrónicos entre las partes para transmitir la propiedad o perfeccionar la garantía real de manera eficaz, por evidente que pudiera haber sido la intención de las partes de llegar a esos resultados. En consecuencia, incluso en los ordenamientos donde el derecho reconoce el valor y la eficacia jurídica de los mensajes o las constancias electrónicas, ningún mensaje o constancia de esa naturaleza podría por sí solo transmitir la propiedad o perfeccionar una garantía real de manera eficaz sin una previa modificación del régimen aplicable a esos efectos.

35. Las perspectivas de desarrollar equivalentes electrónicos de actos de transmisión o perfeccionamiento podrían ser más positivas de haber prescindido la ley, por lo menos en parte, del requisito estricto de la entrega real, por ejemplo, atribuyendo a ciertos actos simbólicos el mismo efecto que la entrega real de ciertos bienes. Ejemplo de ellos puede ser el que la legislación atribuya al adquiriente o al acreedor garantizado la posesión ficticia de los bienes transmitidos o pignorados en virtud de un acto de las partes que confiera al adquiriente los medios para reclamar la posesión efectiva de los bienes. Es concebible que la ley pueda atribuir el mismo efecto a la inscripción del acuerdo de transmisión en un sistema de registro administrado por un tercero digno de fe o a un reconocimiento enviado por la parte que se halla en posesión natural de los bienes de que estos se conservan a la orden del adquiriente o del acreedor garantizado.

36. Como se observó en anteriores estudios de la Secretaría[8], superar las cuestiones de la escritura y la firma en un entorno electrónico no resuelve la cuestión de la negociabilidad de la que se ha dicho que "tal vez sea el mayor obstáculo" a la introducción del EDI en la práctica comercial internacional[9]. Los derechos sobre bienes representados por documentos que incorporan la propiedad están normalmente condicionados a la posesión natural o tenencia de un documento original sobre el papel (el conocimiento de embarque, el recibo del almacén u otro documento análogo). Los análisis de la base jurídica de la negociabilidad de los documentos que incorporan la propiedad han indicado que "no existe en general ningún dispositivo legal que permita a los comerciantes transferir válidamente, mediante un mensaje electrónico, un derecho jurídico al igual que se hace mediante un documento de papel"[10]. Esta conclusión es también sustancialmente válida para los derechos representados por títulos negociables. Lo que es más, "el régimen jurídico de los títulos negociables ... depende esencialmente de la técnica de un *documento original tangible sobre papel*, susceptible de verificación visual inmediata en un lugar dado. En el marco jurídico actual, la negociabilidad es inseparable de la posesión física del documento de papel original"[11].

37. De este modo, se ha dicho que un problema en el desarrollo del derecho para dar cabida a documentos que incorporan la propiedad transmitidos electrónicamente "es como producirlos de manera que los tenedores que reclamen su negociación regular se sientan seguros de que existe un documento que incorpora la propiedad, que no presenta defectos en su redacción, que la firma, o algo que la sustituya, es genuina, que es negociable y que hay un medio para hacerse con el documento electrónico equivalente en derecho a la posesión natural"[12].

38. El desarrollo de equivalente electrónicos de los documentos que incorporan la propiedad y los títulos negociables requeriría por consiguiente el desarrollo de sistemas mediante los cuales pudieran verificarse realmente operaciones utilizando medios electrónicos de comunicación. Este resultado podría lograrse mediante un sistema de registro, en el que se registrasen las operaciones y gestionado por una autoridad central, o mediante un dispositivo técnico basado en la criptografía que garantizase la singularidad del mensaje de datos pertinente. En el caso de operaciones en que se hubiesen usado documentos transmisibles o cuasi negociables para transmitir derechos que se deseaba fueran exclusivos, el sistema de registro o el

---

[8] A/CN.9/WG.IV/WP.69 (*Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional* (Anuario de la CNUDMI), vol. XXVII: 1996 (núm. de venta: S.98.V.7), segunda parte, cap. II, secc. B), párr. 55; A/CN.9/WG.IV/WP.90 (Anuario de la CNUDMI, vol. XXXII: 2001 (núm. de venta: S.04.V.4), segunda parte, capítulo II, secc. F), párr. 35

[9] Véase Jeffrey B. Ritter y Judith Y. Gliniecki, "International Electronic Commerce and Administrative Law: The Need for Harmonized National Reforms", Harvard Journal of Law and Tecnology, vol. 6 (1993), pág. 279.

[10] *Ibid*.

[11] Véase K. Bernauw, "Current developments concerning the form of bills of lading-Belgium", Ocean Bills of Lading: Traditional Forms, substitutes and EDI Systems, A. N. Yannopoulos, editor (La Haya, Kluwer Law International, 1995), pág. 114.

[12] Donald B. Pedersen, "Electronic data interchange as documents of title for fungible agricultural commodities", Idaho Law Rewiew, vol. 31 (1995), pág. 726.

dispositivo técnico tendrían que ofrecer una garantía razonable de la singularidad y la autenticidad de los datos transmitidos.

2. Justificación y enfoque propuesto

39. La determinación de equivalentes electrónicos de los sistemas de registro sobre papel plantea cierto número de problemas particulares. Figura entre ellos la satisfacción de los requisitos legales de mantenimiento de constancias, la suficiencia de los métodos de certificación y autenticación y la posible necesidad de una habilitación legislativa expresa para explotar los sistemas electrónicos de registro, la imputación de la responsabilidad por los mensajes erróneos, los defectos de comunicación y los colapsos del sistema; la incorporación de condiciones y cláusulas generales; y las salvaguardias de la privacidad. En cierta medida la mayoría de estas cuestiones guardan relación con las cuestiones examinadas anteriormente en lo referente a la autenticación y al reconocimiento transfronterizo de las firmas electrónicas (véanse los párrafos 7 a 13) o con la responsabilidad y las normas de conducta de los proveedores de servicios de información (véanse los párrafos 18 a 21 *supra*).

40. La Organización de los Estados Americanos (OEA) ha llevado adelante en los últimos años una serie de iniciativas relacionadas con la transferencia de derechos sobre bienes corporales que prevén la posible utilización de comunicaciones electrónicas. En 2002, la OEA adoptó el Conocimiento de embarque combinado uniforme interamericano negociable para el transporte de mercancías por carretera[13] en su sexta Conferencia Especializada Interamericana sobre el Derecho Internacional Privado (CIDIP[14]), celebrada en Washington D.C. Un objetivo clave de la creación de este conocimiento de embarque uniforme era unificar el derecho de los contratos en este ámbito a fin de aumentar la previsibilidad en el proceso jurídico relativo al transporte de bienes de importación y de exportación cuando el transporte se efectúe por carretera[15]. Además, la OEA ha adoptado una Ley Modelo Interamericana sobre las Garantías Mobiliarias[16], que incluye un apéndice sobre los documentos electrónicos y las firmas electrónicas. Asimismo, el Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) de la CNUDMI está examinando cuestiones referentes a un equivalente electrónico de los títulos de transporte marítimo en el contexto de las negociaciones de un nuevo proyecto de instrumento sobre el

---

[13] Conocimiento de embarque combinado uniforme interamericano negociable para el transporte internacional de mercancías por carretera, disponible en el sitio www.oas.org/DIL/CIPID-VI-billoflanding-Eng.htm.

[14] Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado.

[15] Véase, "Índice" en www.oas.org/DIL/CIPID-VI-billoflanding-Eng_summary.htm. Dos disposiciones de esta convención tratan de cuestiones electrónicas. En primer lugar, el artículo 2 define el concepto de "escrito", que incluye "un documento escrito, un telegrama, un télex, un facsímil telefónico (fax), el intercambio electrónico de datos, o un documento creado o transferido por medios electrónicos". Además, el artículo 18.1 de este tratado prevé la posibilidad de firmas electrónicas, así como de otros tipos de firmas, si lo autoriza la ley aplicable.

[16] www.oas.org/DIL/CIPID-VI-securedtransactions_Eng.htm. Esta Ley Modelo fue aprobada por la reunión plenaria de delegados del 8 de febrero de 2002 como resolución CIPID-VI/RES.5/02, que puede consultarse en el sitio www.oas.org/main/main.asp?sLang=E&sLink= www.oas.org/dil/. La Ley Modelo en sí puede consultarse (en español y en inglés) en el sitio www.oas.org/dil/Annex_cidipviRES.%205-02.pdf (última visita: 12 de abril de 2006).

transporte total o parcialmente marítimo de mercancías. Aparte de esas iniciativas, en la actualidad las cuestiones descritas no parecen figurar en el programa de trabajo de otras organizaciones internacionales.

41. La Comisión tal vez desee considerar que la información descrita más arriba constituye un motivo de más para incluir en un documento general de referencia las cuestiones de la autenticación y del reconocimiento transfronterizo de las firmas electrónicas.

E. Competencia desleal y prácticas comerciales engañosas en el comercio electrónico

1. Los problemas

42. Otro objetivo de las autoridades es limitar las prácticas comerciales fraudulentas, inequitativas y que inducen a error en el comercio electrónico. La comunicación electrónica permite nuevas formas de publicidad y de comercialización que plantean nuevos riesgos para los intereses de los consumidores y para el funcionamiento del proceso competitivo. La legislación sobre competencia desleal protegerá esos intereses, pero la evaluación jurídica de las prácticas en el comercio convencional no siempre puede transponerse al contexto digital.

43. Las principales características del comercio electrónico en Internet, como la interactividad, la uniformidad de formato y la distribución en redes, permiten una convergencia de comunicaciones de masas y de comunicaciones individualizadas que conducen a una renovación constante de las formas de comercialización y de publicidad. La publicidad en la red incluye formas de publicidad como los recuadros de ofertas publicitarias ("banner") con remuneración calculada sobre la base de las páginas impresas o de las pulsaciones sobre anuncios. Otras formas de anuncios publicitarios incluyen la información que aparece entre dos páginas del contenido, ya sea en forma de recuadros de pequeño formato ("pop-ups") o de anuncios en una página completa. Según la forma en que se utilicen, esas técnicas pueden plantear problemas de separación de la publicidad de las partes editoriales de los medios, o pueden inducir erróneamente a los clientes y usuarios a adquirir servicios que inicialmente no pretendían comprar. Otras prácticas inequitativas pueden ser también las máquinas buscadoras, que se han convertido en el principal servicio para los usuarios que se enfrentan a una enorme cantidad de información presentada en la red, o la utilización de hipervínculos para el mal uso o la publicidad comparativa engañosa.

2. Justificación y enfoque propuesto

44. Los problemas descritos pueden afectar al comercio electrónico nacional e internacional de muchas maneras. La falta de reglas apropiadas, directrices o códigos voluntarios de conducta, o incluso la percepción de una protección jurídica insuficiente, socavan la confianza en el comercio electrónico y constituyen un obstáculo para su desarrollo. Las normas que entran en conflicto entre un país y otro pueden afectar también a la oferta de bienes y servicios, ya que las entidades mercantiles que se rijan por un marco legal menos desarrollado o excesivamente tolerante pueden gozar de una ventaja competitiva desleal frente a las empresas que

deben cumplir requisitos más estrictos. En algunos casos, las operaciones regidas por un marco jurídico menos exigente pueden ser propiciadas por entidades mercantiles interesadas en protegerse de toda responsabilidad en que pudieran incurrir en regímenes más estrictos. Puede ser necesario ponderar el interés de esas empresas en atraer inversiones teniendo en cuenta el riesgo de que el país anfitrión se vea como un lugar seguro para prácticas comerciales desleales, que pueden perjudicar la reputación de todo un sector mercantil.

45. Las cuestiones descritas han sido examinadas por diversas organizaciones internacionales, entre ellas la OCDE[17], la Unión Europea (A/CN.9/579, párr. 35); la APEC (A/CN.9/579, párr. 24; A/CN.9/598, párr.16), la Secretaría del Commonwealth (A/CN.9/579, párr. 27; A/CN.9/598, párrs. 18 a 20) y la CCI (A/CN.9/579, párrs. 53 a 56). No todas las organizaciones abordan cada uno de los aspectos de estos problemas y la perspectiva desde la que cada organización los analiza no es necesariamente idéntica. Esta diversidad de fuentes y de enfoques no facilita la tarea de los legisladores y de las autoridades normativas interesadas en establecer un sólido marco jurídico para la protección del consumidor en el comercio electrónico, en particular en los países en desarrollo.

46. La Comisión tal vez desee plantearse la utilidad de incluir en un documento general de referencia las cuestiones de la competencia desleal y de las prácticas comerciales engañosas en el comercio electrónico.

F. Vida privada y protección de los datos en el comercio electrónico

1. Los problemas

47. La protección de los datos y la vida privada son conceptos que se han reconocido en la mayor parte de regiones del mundo, a veces incluso a nivel constitucional. No obstante, el nivel de protección y los instrumentos jurídicos empleados para garantizarla difieren todavía considerablemente de un país a otro. Con el advenimiento de la computadora se produjo, durante el decenio de 1970, una "primera ola" de iniciativas para la protección de los datos. Con la proliferación del uso de Internet y el creciente potencial técnico para recoger y transmitir datos en el comercio electrónico, se ha ido prestando una mayor atención a la protección de los datos personales. Prácticas como las que minan los datos o las de almacenamiento de datos, así como la inserción de "cookies", están ampliamente difundidas en el comercio electrónico.

48. Las reglas de protección de los datos y la vida privada pueden beneficiar a los intereses del usuario así como de la empresa pero también tienen que ponderarse teniendo en cuenta los intereses contrapuestos. La falta de confianza del consumidor en la confidencialidad y la seguridad de las cooperaciones realizadas por vía informática y en las redes de información se considera un elemento que posiblemente impide a las economías beneficiarse de todas las características del comercio electrónico. Por otra parte, los sistemas reglamentarios que restringen el

---

[17] Véase la OCDE, Declaración Ministerial sobre la Protección del Consumidor en el Contexto del Comercio Electrónico, de 8 y 9 de octubre de 1998, en www.oecd.org/LongAbstract/0,2546,en_2649_34267_ 1865273_119672_1_1_1,00.html (10.3.2006).

flujo de información pueden tener repercusiones negativas para los negocios y las economías mundiales.

49. Los elementos clave en el debate internacional sobre los principios de la protección de los datos son el consentimiento de la recopilación de datos, la relación adecuada con el fin, el límite temporal del almacenamiento, el nivel adecuado de protección en países terceros a los que se dirige la transmisión de datos, las reclamaciones de información y de corrección para los usuarios y el fomento de la protección de datos delicados. Los temores respecto de la seguridad internacional han dado lugar a nuevos problemas y a restricciones en la protección de los datos a raíz de lo cual se han adoptado medidas legislativas encaminadas a retener los datos. Con la proliferación de las reglas internacionales, las reglamentaciones no solo se vuelven más heterogéneas sino que aún resultan más difíciles de cumplir por parte de las empresas. Al tener en cuenta estas normas los intereses contrapuestos, adquieren creciente importancia la definición del ámbito de aplicación de esos instrumentos, así como la cuestión de qué intereses protegidos prevalecerán en un determinado caso.

2. Justificación

50. Los problemas descritos pueden afectar de muchas maneras al comercio electrónico nacional e internacional. La falta de reglas apropiadas, directrices o códigos voluntarios de conducta, o incluso la percepción de una protección jurídica insuficiente, minan la confianza en el comercio electrónico y constituyen un obstáculo para su desarrollo. Las normas que entran en conflicto de un país a otro pueden también afectar a la oferta de bienes y servicios, dado que las entidades mercantiles que se rijan por un marco legal menos desarrollado o excesivamente tolerante podrán gozar de una ventaja competitiva injusta en comparación con las empresas que deben cumplir con requisitos más estrictos. En algunos casos, las operaciones realizadas en un marco legal menos exigente pueden resultar propiciadas por las entidades mercantiles interesadas en protegerse de todo tipo de responsabilidad en que pudieran incurrir en otros regímenes más estrictos. Puede haber que ponderar el interés de esas empresas en atraer inversiones teniendo en cuenta el riesgo de que el país anfitrión llegue a verse como un lugar seguro para prácticas comerciales injustas, lo cual puede perjudicar la reputación de todo un sector mercantil.

51. Varias organizaciones internacionales se han venido ocupando de los problemas descritos, entre ellas la OCDE[18]; la Unión Europea (A/CN.9/579, párr. 32); la APEC (véase A/CN.9/579, párrs. 22 y 23; A/CN.9/598, párr. 17); el Consejo de Europa (véase A/CN.9/579, párr. 30); la Secretaría del Commonwealth (A/CN.9/579, párr. 27; A/CN.9/598, párrs. 18 a 20); y la CCI (A/CN.9/579, párrs. 53 a 56). No todas las organizaciones se ocupan de cada uno de los aspectos de este problema y la perspectiva desde la que cada organización los analiza no es

---

[18] Véase OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data, aplicable el 23 de septiembre de 1980, en, www.oecd.org/document/18/0,2340,en_2649_34255_1815186_1_1_1_1,00.html. Véase además el OECD "Privacy Policy Generator" (www.oecd.org/document/39/0,2340,en_2649_34255_28863271_1_1_1_1,00.html).

necesariamente idéntica. Esta diversidad de fuentes y de enfoques no facilita la tarea de los legisladores y de las autoridades normativas interesadas en establecer un sólido marco jurídico para la protección del consumidor en el comercio electrónico, en particular en los países en desarrollo.

52. La Comisión tal vez desee plantearse la utilidad de incluir en un documento general de referencia las cuestiones relativas a la vida privada y a la protección de los datos en el comercio electrónico.

G. Otros elementos a tener en cuenta para formular un marco jurídico sólido para el comercio electrónico

1. Protección de los derechos de propiedad intelectual

53. Los medios modernos de comunicación han repercutido notablemente en la forma en que se definen algunos derechos de propiedad intelectual y han puesto en entredicho los mecanismos tradicionales de ejecución.

54. Los derechos de autor han estado desde un principio estrechamente entrelazados con las características de la producción, la reproducción y la distribución de trabajos. Por esta razón, el advenimiento de un formato digital uniforme, así como de redes digitales, plantea un reto para las características específicas de los derechos de autor en cuanto al tema, el alcance de los derechos y la ejecución a medida que van desarrollándose nuevas posibilidades tecnológicas y nuevos modelos comerciales innovadores relacionados con dichas posibilidades. Actualmente todos los tipos de materiales protegidos son distribuidos y comercializados a través de redes digitales. El primer problema a tener en cuenta al formular un marco jurídico es la forma de adaptarse a la nueva evolución tecnológica y económica. Ello afecta al alcance de los derechos con respecto a la distribución digital, así como al alcance de las limitaciones impuestas a los derechos de autor. Además, determinados tipos de bienes de información pueden adquirir una creciente importancia en el contexto digital que requiera una protección intensificada. Como ejemplo cabe citar la protección de las bases de datos. Las redes digitales plantean una amenaza para los canales tradicionales de distribución y los modelos económicos, así como para los sistemas existentes de gestión colectiva. Por último, los derechos morales que no constituían el centro de atención en anteriores fases de informatización, en las que se prestaba especial atención a la protección de los programas informáticos, están adquiriendo una importancia cada vez mayor con respecto a la creación y distribución de trabajos a través de Internet.

55. Las marcas comerciales desempeñan una importante función en el comercio, que también existe en el comercio electrónico. Si bien existe un consenso en torno a la cuestión de que el derecho que rige las marcas comerciales debería aplicarse al comercio electrónico del mismo modo que a los medios tradicionales de comunicación, surgen problemas a raíz del hecho de que las disposiciones de la legislación sobre marcas comerciales y la protección de los signos conexos no se ajustan a las características del nuevo medio. Entre las cuestiones pertinentes cabe destacar la utilización de las marcas comerciales como índices del contenido de un htlm (“meta tags”), la venta de marcas comerciales en forma de palabras clave, la vinculación y el enmarcamiento. Otras cuestiones que se derivan más de la

utilización "convencional" de las marcas comerciales y que guardan relación con la cuestión de la comunicación transfronteriza, por oposición a la naturaleza territorial de los sistemas comerciales, incluyen la adquisición, así como la violación de derechos de marcas comerciales mediante la utilización de signos en Internet.

56. Otra ilustración de las repercusiones del comercio electrónico en el sistema tradicional de protección de los derechos de propiedad intelectual que cabe destacar es la de los nombres de dominio. Los nombres de dominio constituyen una necesidad para la recuperación actual de información de Internet de forma cómoda para el usuario. No puede subestimarse el valor económico de un dominio conciso y característico. Debido a ello han surgido muchos conflictos sobre ciertos dominios de Internet. La legislación sobre patentes es otro ámbito aceptado por lo medios modernos de comunicación, pues las patentes de programas informáticos desempeñan una función cada vez más importante en el comercio electrónico.

57. Los Estados interesados en elaborar un marco jurídico apropiado para el comercio electrónico harían bien en estudiar detenidamente las repercusiones para la propiedad intelectual de la utilización de tecnologías modernas de información y comunicación. La OMPI es la organización internacional que está en vanguardia en lo que se refiere a la formulación de un marco para la protección de la propiedad intelectual. Debido al desarrollo técnico, la mayor parte de esta actividad se centra actualmente en el contexto digital. La OMPI lleva a cabo un amplio programa de trabajo que abarca todos los aspectos de la propiedad intelectual en el comercio electrónico. Los conocimientos especializados de la Organización y su composición universal garantiza a las normas internacionales elaboradas por la OMPI una amplia aceptación.

2. Protección del consumidor en el comercio electrónico

58. Las reglas nacionales en materia de protección del consumidor suelen basarse en los problemas relativos a las asimetrías de la información así como en la falta de poder de negociación del consumidor. Si bien medios como Internet ofrecen opciones convenientes para los métodos tradicionales de compras, uno de los principales factores que ha obstaculizado el auge del comercio electrónico ha sido la falta de confianza del consumidor debido a las incertidumbres que plantea la utilización de los medios electrónicos de contratación.

59. Las asimetrías de la información se ven exacerbadas en el comercio electrónico, ya que los consumidores carecen de información vital sobre el producto y no lo pueden inspeccionar físicamente. Además, los consumidores no disponen prácticamente de información sobre los vendedores y tienen escasos medios para verificar su identidad y la situación de su respectiva empresa. Además, puede ocurrir que el consumidor no esté familiarizado con las características de los medios técnicos empleados para la operación, lo que puede dar lugar a comunicaciones no deseadas. Por añadidura, se teme que como el vendedor aporta el sistema técnico puede utilizar las características fundamentales a su favor y debilitar así la posición del consumidor en el proceso de la operación. En operaciones transfronterizas surgen incertidumbres jurídicas con respecto a la ley aplicable y a los medios eficientes para hacer valer las reclamaciones del consumidor.

60. Los problemas descritos pueden afectar de muchas maneras el comercio electrónico nacional e internacional. La falta de reglas apropiadas, de directrices o de códigos voluntarios de conducta, o incluso la percepción de una protección jurídica insuficiente, minan la confianza en el comercio electrónico y constituyen un obstáculo para su desarrollo. Los conflictos de normas entre países también pueden afectar a la oferta de bienes y servicios, pues las entidades mercantiles que se rigen por un marco jurídico menos desarrollado o excesivamente tolerante pueden gozar de una ventaja competitiva injusta frente a las empresas que deben cumplir con requisitos más estrictos. En algunos casos, las entidades mercantiles pueden propiciar operaciones en un marco jurídico menos exigente al estar interesadas en protegerse de todo tipo de responsabilidad en que pudieran incurrir en regímenes más estrictos. Puede haber que ponderar el interés de esas empresas en atraer inversiones teniendo en cuenta el riesgo de que el país anfitrión se vea como un lugar seguro para realizar prácticas comerciales injustas, que pueden perjudicar la reputación de todo un sector mercantil.

3. Comunicaciones electrónicas no solicitadas (spam)

61. Los nuevos medios técnicos de comunicación, como los mensajes por correo electrónico, han exacerbado también los problemas planteados por los anuncios publicitarios no solicitados. Varios países han adoptado instrumentos legislativos para combatir el *spam*. El primer problema con que se enfrenta la legislación contra el *spam* es la definición y diferenciación entre los mensajes comerciales legítimos y los mensajes *spam* no deseados. La ejecución de las medidas legales contra el *spam* ha resultado problemático debido al número de organismos de ejecución y a la diversidad de sus facultades, las imitaciones impuestas a la recopilación y al intercambio de información, así como la presentación de las pruebas necesarias, y la ejecutabilidad limitada entre los países debido a la falta de jurisdicción nacional sobre el *spam* transfronterizo y de medidas apropiadas para la ejecución transfronteriza a nivel operativo.

4. Ciberdelincuencia

62. La utilización de tecnologías modernas de información y comunicación ha aportado nuevos medios para hacer frente a las actividades delictivas, fraudulentas o inmorales, como la malversación de fondos, la calumnia, el espionaje industrial, la violación de secretos comerciales y la divulgación de pornografía infantil. Al mismo tiempo han aparecido nuevos tipos de conductas delictivas, como el robo de la identidad, la difusión de virus informáticos o el colapso intencionado de los servicios de computadora y de información. Además de su carácter delictivo, todas estas actividades pueden afectar notablemente al comercio internacional causando pérdidas físicas o perjuicios morales a personas o a entidades mercantiles y minando la confianza de las empresas y de los consumidores en el comercio electrónico. Así pues, el establecimiento de un marco jurídico eficaz para prevenir y perseguir la delincuencia informática y la ciberdelincuencia, por ejemplo el que prevé la Convención sobre el delito cibernético, adoptada por el Consejo de Europa[19],

---

[19] La Convención sobre el delito cibernético, ETS 185, entró en vigor el 1 de julio de 2004. Tiene la finalidad de fomentar una política común en materia delictiva encaminada a proteger la sociedad de la delincuencia cibernética, entre otras cosas, adoptando la legislación penal

y su Protocolo[20], constituye un elemento esencial de las estrategias nacionales e internacionales para promover el comercio electrónico.

III. Naturaleza propuesta de la labor futura

63. La Comisión tal vez desee plantearse la utilidad de incluir en un documento general de referencia los problemas descritos en las secciones A a F de la parte II, así como otras cuestiones conexas. En el documento se describirán con cierto detalle los problemas analizados más arriba y las soluciones que ofrezcan o propongan las diversas organizaciones que se han ocupado de esta materia. La Secretaría propone que el documento de orientación legislativa adopte un enfoque narrativo y neutral respecto de las cuestiones tratadas por otras organizaciones y que no sea un documento de evaluación comparativa de las soluciones propuestas por dichas organizaciones. El documento tampoco debería pretender ofrecer su propio asesoramiento como variante o en sustitución del asesoramiento dado por otras organizaciones.

64. La Secretaría propone un enfoque distinto en lo que respecta a los problemas relativos a los derechos de propiedad intelectual, que se abordan más arriba en los párrafos 53 a 57 de la parte II, y que se han tratado extensamente a nivel universal bajo los auspicios de la OMPI. Con respecto a estas cuestiones, la Comisión tal vez desee estudiar si valdría la pena mencionarlas en un documento general de referencia que tal vez desee preparar la Comisión, aunque de forma algo resumida, con miras a señalar a los legisladores y a las autoridades normativas la importancia de que se establezca un marco jurídico apropiado para la protección de los derechos de propiedad intelectual en el comercio electrónico.

65. Por lo que respecta a las cuestiones relativas a la protección del consumidor, las comunicaciones comerciales no solicitadas, la ciberdelincuencia y la delincuencia informática, que se describen respectivamente en los párrafos 58 a 62 *supra* de la parte II, la Secretaría propone que estos temas se traten de una forma abreviada de modo similar que ponga de relieve su importancia y que haga referencia a la labor en curso y a la labor ya finalizada de las organizaciones pertinentes.

---

apropiada y promoviendo la cooperación internacional. *Fuente*: Council of Europe Treaty Office, http://conventions.coe.int/.

[20] El Protocolo adicional de la Convención sobre el delito cibernético relativo a la penalización de actos de carácter racista y xenófobo cometidos mediante sistemas informáticos complementa, entre las Partes en el Protocolo, las disposiciones de la Convención sobre el delito cibernético en lo que se refiere a la penalización de actos de carácter racista y xenófobo cometidos mediante sistemas informáticos (ETS 189). El Protocolo quedó abierto a la firma en Estrasburgo el 28 de enero de 2003. *Fuente*: Council of Europe Treaty Office, http://conventions.coe.int/.

B. Nota de la Secretaría sobre régimen de la insolvencia: posible labor futura

(A/CN.9/596) [Original: inglés]

1. En su 38º período de sesiones (2005), la Comisión tuvo ante sí una serie de propuestas, presentadas en forma de exposiciones, relativas a temas que podría incluir en su labor futura en materia de régimen de la insolvencia (A/CN.9/582 y Add.1 a 7). Las propuestas versaron concretamente sobre el tratamiento que habría de darse a los grupos de sociedades en un procedimiento de insolvencia, así como sobre los protocolos de insolvencia transfronterizos en casos transnacionales, la financiación posterior a la apertura del procedimiento en casos de reorganización de empresas de ámbito internacional, las responsabilidades y obligaciones del personal directivo y de los gerentes de una empresa en casos de insolvencia y preinsolvencia, y el fraude comercial y la insolvencia.

2. Tras examinar esas propuestas, la Comisión expresó cierta preferencia por los temas concernientes a los grupos de sociedades, los protocolos transfronterizos[1] y la financiación posterior a la apertura de un procedimiento. La Comisión convino en que, para facilitar el ulterior examen y recabar las opiniones y los servicios periciales de organizaciones internacionales y de expertos de renombre en materia de insolvencia, debería celebrarse un coloquio internacional, similar al Coloquio Mundial sobre la Insolvencia CNUDMI-INSOL-Asociación Internacional de Abogados (Viena, 4 a 6 de diciembre de 2000), que había sido un factor fundamental para la elaboración de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia (véase A/CN.9/495). La Comisión convino en que al preparar el programa de ese coloquio, que se celebraría en Viena del 14 al 16 de noviembre de 2005, la Secretaría debería tener en cuenta el examen de los diversos temas por la Comisión[2].

3. Unos 95 participantes de 36 países asistieron al coloquio, incluidos representantes públicos de los países y de organizaciones internacionales, como el Banco Mundial y la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), además de abogados, expertos bancarios y en auditoría contable, jueces y otros profesionales especializados en insolvencia.

4. En la presente nota se evalúan y sintetizan las actas y recomendaciones del Coloquio, así como las opiniones y la información que se intercambió entre los participantes, con objeto de que la Comisión pueda servirse de ese material como base para su labor futura.

---

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo período de sesiones, Suplemento núm.17* (A/60/17), párr. 210.

[2] *Ibid.*

I. Normativa aplicable a los grupos de sociedades en un procedimiento de insolvencia

5. En el Coloquio se explicó que era cada vez más frecuente que la actividad comercial se ejerciera por conducto de un grupo de sociedades. Por grupo de sociedades se entiende en sentido lato toda agrupación formada por varias empresas con personalidad jurídica propia que se vinculan entre sí por alguna forma de mancomunar el control o los bienes del grupo; los denominados grupos de sociedades actúan en el ámbito tanto interno como internacional. Las múltiples y variadas razones que explican su auge actual van desde la aspiración de dotarse de una estructura "orgánica" al servicio de una cierta coordinación hasta la necesidad de aligerar la carga tributaria, pudiéndose citar también la necesidad de diversificar y gestionar los riesgos, así como la de constituir entidades operativas en países extranjeros, la de facilitar una fusión o absorción eventual y la de satisfacer las exigencias de una estructura financiera compleja.

6. Cabe que un grupo de sociedades se administre de tal forma que algunas de sus sociedades o todas ellas sean solidariamente responsables de las deudas externas de cada sociedad del grupo o deban responder solidariamente de las garantías colectivas que se hayan otorgado para cubrir las obligaciones externas de cada una de ellas en particular, mientras que dichas sociedades podrán asimismo negociar operaciones comerciales entre ellas de las que nazcan deudas y obligaciones internas del propio grupo.

7. La estructura de un grupo de sociedades puede ser sencilla o sumamente compleja, en particular si el grupo se dedica al comercio internacional. La complejidad de un grupo de sociedades irá en aumento si se constituyen en su seno empresas conjuntas, vehículos para fines especiales, consorcios y sociedades extraterritoriales o entidades de índole similar. Si esa compleja estructura se ve perturbada por las dificultades financieras de una o más de las empresas del grupo, se plantearán problemas por el simple hecho de que cada sociedad tiene existencia y personalidad jurídica propia. Salvo que por vía legal o judicial se disponga otra cosa, dicha personalidad exige que cada empresa sea tratada como entidad independiente y, de ser necesario, sea administrada por separado en un procedimiento de insolvencia.

8. Entre los aspectos que cabe considerar para entender mejor el funcionamiento de los grupos de sociedades se han señalado los siguientes: las prácticas contables internas de un grupo de sociedades; el régimen regulatorio aplicable a un grupo de sociedades; las razones fiscales o tributarias que hayan motivado la constitución de un grupo; y la complejidad de las técnicas financieras y crediticias aplicadas al servicio de un grupo de sociedades. Otras consideraciones pertinentes respecto de la normativa actualmente aplicable a los grupos de sociedades en un procedimiento de insolvencia en diversos ordenamientos jurídicos, incluirían: la descripción de lo que se entiende por "grupo de sociedades" (o término similar); las circunstancias que han de darse para poder abrir un procedimiento contra dos o más sociedades de un grupo; los recursos o remedios judiciales disponibles frente a dos o más sociedades de un grupo que hayan sido o estén a punto de ser declarados insolventes como pudiera ser la mancomunación de su patrimonio en función del derecho procesal o sustantivo aplicable, la extensión de su responsabilidad, la reorganización de dos o

más empresas deudoras y otros recursos de diversa índole (como pudiera ser la subordinación de las deudas y obligaciones entre empresas de un mismo grupo).

9. En el Coloquio se observó que en un procedimiento de insolvencia transfronteriza abierto contra un grupo de sociedades correspondería adoptar medidas de alcance tanto interno como internacional. Prevaleció, no obstante, la opinión de que sería difícil abordar la cuestión en el contexto transfronterizo sin examinar previamente la legislación interna aplicable y llegar a un entendimiento común al respecto. Prevaleció también la opinión de que, si se opta por tratar este tema, habrá que velar por que el resultado de la labor emprendida no obstaculice el desarrollo o la creatividad estructural de los grupos de sociedades, ni genere inseguridad jurídica o interfiera con las operaciones comerciales que se conciertan con los grupos de sociedades (con frecuencia al margen de la existencia eventual de alguna normativa aplicable a la posible insolvencia del propio grupo o de alguna de sus empresas integrantes); debe evitarse asimismo dar motivo para que estos grupos de sociedades puedan sentir la necesidad de buscar algún "refugio seguro" en el extranjero.

10. En el Coloquio se describió la aplicabilidad del régimen de la insolvencia a las cuestiones suscitadas por los grupos de sociedades en distintos países y se examinó la conveniencia de introducir disposiciones especiales para regular cuestiones propias de estos grupos. Durante el debate se señalaron varias cuestiones que convendría examinar para mejorar la normativa aplicable a los grupos de sociedades, algunas de las cuales se exponen a continuación.

a) Normativa aplicable en el derecho interno

11. Se señaló que, como el empleo y el sentido de ciertos términos clave (por ejemplo, grupo de sociedades, control, sociedad matriz, filial, sociedad de cartera, sociedad conexa o asociada) diferían de un país a otro, habría que definir dichos términos para llegar a un entendimiento común del tema. Cabría determinar asimismo hasta qué punto cabría o procedería tratar como parte empresa integrante de un grupo a entidades que no fueran propiamente socios de un grupo de sociedades (como sería el caso de las denominadas vehículos para fines especiales, las empresas conjuntas, los consorcios y sociedades extraterritoriales y entidades de índole similar).

12. Se examinó la apertura de un procedimiento de insolvencia contra un grupo de sociedades y se señalaron varias cuestiones al respecto, como la de cuál sería el criterio determinante para proceder a dicha apertura y la forma en que dicho criterio se aplicaría (si al grupo en su conjunto o a cada una de sus sociedades integrantes); si cabría solicitar la apertura del procedimiento contra más de un deudor; si la sociedad matriz (u otra empresa) del grupo podría presentar la solicitud en nombre de todos las sociedades del grupo, ella misma inclusive; quién más podrá solicitar dicha apertura (algún órgano regulador, como pudiera ser una comisión del mercado de valores o de sociedades mercantiles); y el trato que recibirían ciertas obligaciones como el endeudamiento y las contragarantías entre empresas de un mismo grupo.

13. Otras cuestiones concernientes a la apertura de un procedimiento contra un grupo fueron las relativas a determinar: las facultades (por ejemplo, de mancomunación por vía procesal) que cabría otorgar a un tribunal en el momento de la apertura respecto de algunas sociedades del grupo o de todas ellas; si se nombraría un único administrador para todas las sociedades del grupo; cómo habrían de tratarse ciertas cuestiones conflictivas (por ejemplo, las contragarantías o las deudas entre empresas del mismo grupo o todo comportamiento doloso entre empresas del grupo); si se requeriría alguna normativa especial para autorizar al personal gerente de las sociedades de un grupo a permanecer en sus cargos tras la apertura de un procedimiento de insolvencia; y si se requeriría asimismo una normativa especial que regulara la paralización de las actuaciones o la suspensión de ciertos derechos, así como la financiación posterior a la apertura de un procedimiento contra un grupo de sociedades (o contra dos o más de sus empresas).

14. El supuesto de que se opte por reorganizar un grupo de sociedades, o alguna empresa del grupo, suscita cuestiones como las de determinar: si la reorganización de dos o más empresas de un grupo de sociedades podrá efectuarse con arreglo a un único plan y, de ser así, qué disposiciones especiales serán necesarias, por ejemplo, respecto de la naturaleza y contenido del plan, y respecto de las salvaguardias, así como para la convocatoria y celebración de juntas de acreedores para el examen del plan, y respecto del régimen aplicable a los créditos y al voto de los acreedores y para la aprobación del plan.

15. Los aspectos específicamente relacionados con los grupos de sociedades en un procedimiento de insolvencia concernían a la responsabilidad eventual de una sociedad del grupo (por ejemplo, la sociedad matriz) por las deudas y obligaciones de alguna sociedad insolvente del mismo grupo y las distintas soluciones que cabría dar a esta cuestión, como pudieran ser las siguientes: responsabilidad objetiva por todas las deudas y obligaciones de toda otra empresa del grupo, cualesquiera que sean las circunstancias en que se hayan contraído; responsabilidad por haber dado su consentimiento a que otra sociedad del grupo contraiga deudas siendo insolvente o estando al borde de serlo o por haberle ordenado que lo hiciera; responsabilidad por gestionar la actividad del grupo de manera que pueda redundar en perjuicio de ciertas categorías de acreedores (por ejemplo, la responsabilidad frente a los empleados de la empresa insolvente); o responsabilidad nacida de que existan motivos válidos para recurrir al patrimonio de otra empresa del grupo de sociedades.

16. Otro aspecto de particular pertinencia en lo que atañía al tratamiento de los grupos de sociedades en un procedimiento de insolvencia era el de la eventual mancomunación de sus bienes y si correspondía que en un régimen interno de la insolvencia se dispusiera la mancomunación o combinación del patrimonio de dos o más sociedades de un grupo para que hubiera una única masa de bienes y un único concurso de acreedores, y las circunstancias que justificarían que un tribunal ordenase la mancomunación.

b) Normativa aplicable en el ámbito internacional

17. Los participantes destacaron la importancia de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza para la reorganización de grupos de sociedades en casos de insolvencia transfronteriza, en particular lo en ella dispuesto en materia de coordinación de las actuaciones y de cooperación transfronteriza. No obstante, se

señaló también que la Ley Modelo no regulaba específicamente diversas otras cuestiones que incidían en el tema de la insolvencia transfronteriza de grupos de sociedades mercantiles, a saber, la forma en que cabría proceder a la apertura de un procedimiento de insolvencia cuando la sociedad matriz o la mayoría de las sociedades pertenecientes a un grupo se hubieran constituido en el marco de un ordenamiento jurídico, mientras que las demás lo hubieran hecho en el marco de otro u otros ordenamientos; si era menester definir el concepto de "centro de los principales intereses" en relación con un grupo de sociedades y sus empresas integrantes a la luz de la interpretación de ese concepto en recientes casos de insolvencia transfronteriza; y las disposiciones especiales que podrían requerirse para garantizar la obtención de financiación posterior a la apertura de un procedimiento de insolvencia que afectara a un grupo de sociedades que desarrollaran sus actividades en más de un país y para facilitar la cooperación entre los tribunales de distintos países en casos de insolvencia de un grupo de sociedades. Se puso de relieve la dificultad que entrañaba la reorganización de un grupo de sociedades sin coordinación sustancial en un caso de insolvencia transfronteriza. Otro aspecto que merecía atención era cómo se podría alentar la armonización y coordinación de las respuestas regionales e internacionales en lo concerniente a la insolvencia de grupos de sociedades.

18. Del debate sostenido en el Coloquio se desprende que los grupos de sociedades juegan un papel cada vez más importante en el comercio internacional y que los problemas derivados de la insolvencia de una o más empresas de un grupo, tanto en el ámbito interno como en el internacional, justificarían que la Comisión intensifique su labor al respecto. Esa labor podría adoptar la forma de un texto en el que se impartiera orientación a los Estados que desearan legislarlos sobre cuestiones propias de la normativa aplicable a los grupos de sociedades en el contexto tanto interno como transfronterizo.

II. Financiación posterior a la apertura del procedimiento

19. En el Coloquio se examinó cuán determinante era en el éxito o el fracaso de un proceso de reorganización la obtención de financiación con posterioridad a la apertura de un procedimiento, en particular para que la empresa deudora pueda mantener su actividad comercial y seguir pagando los suministros y servicios esenciales, así como los sueldos, seguros y alquileres. Se subrayó asimismo que se afianzaba el consenso de que era necesario desarrollar un marco legal que regularizara la financiación posterior a la apertura de un procedimiento, como se desprendía del tratamiento del tema en estudios recientes de la insolvencia efectuados, en particular, por el Banco Asiático de Desarrollo, el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional y, más recientemente, en la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, que contenía un capítulo con comentarios y recomendaciones al respecto.

20. Los participantes examinaron algunos de los impedimentos estructurales que dificultaban en el ámbito interno la obtención de ese tipo de financiación una vez abierto el procedimiento de insolvencia. Entre ellos figuraban la falta de un marco legal que la autorizara; la responsabilidad personal en que incurriría todo representante de la insolvencia o los cargos directivos y administrativos de la empresa deudora por contraer las nuevas deudas inherentes a esa financiación;

la impugnabilidad de dicho endeudamiento adicional; los problemas de prelación que ocasiona esa financiación posterior a la apertura; y la tendencia a optar por la liquidación de la empresa, en vez de por su reorganización, que restaba interés a la cuestión. Se observó que eran muy pocos regímenes de la insolvencia que autorizaran la financiación posterior a la apertura de un procedimiento y que eran menos aún los que preveían algún tipo de prelación para su reembolso. Se observó que se habría de obrar con cautela a la hora de prever un régimen que facilite la financiación posterior a la apertura de un procedimiento en países en desarrollo que tal vez no dispusieran de los tipos de financiación necesarios.

21. Se informó a los participantes de ciertas novedades legales concernientes a algunas de estas cuestiones y se observó que se avanzaba al respecto, aunque con lentitud.

22. Se examinaron varios casos de insolvencia transfronteriza que ponían en evidencia las dificultades inherentes a la financiación posterior a la apertura, en particular cuando se trataba de grupos de sociedades. Los distintos ordenamientos diferían en cuanto a la prelación otorgable a la financiación posterior a la apertura de un procedimiento, así como en cuanto a las garantías que cabría otorgar. Se suscitaron cuestiones relativas a la ley aplicable, así como a la posibilidad de que la financiación posterior a la apertura de un procedimiento obtenido por una empresa insolvente fuera utilizada por otra empresa del mismo grupo de sociedades o de que empresas no insolventes de un grupo de sociedades tomaran préstamos después de la apertura del procedimiento y permitieran que la sociedad insolvente utilizara esos préstamos. Los participantes insistieron en la necesidad de que en tales situaciones se le diera al prestamista previsibilidad y seguridad jurídica.

23. A la luz del debate reseñado, cabe concluir que, si bien la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia trata algunas de las cuestiones que se suscitaron, en particular la autorización que habría de darse para toda financiación posterior a la apertura de un procedimiento, cabría profundizar el estudio de dicha financiación en supuestos de insolvencia transfronteriza de grupos de sociedades, enriqueciendo así el contenido de la Guía Legislativa y completando la labor de la CNUDMI en materia de insolvencia transfronteriza. Dicha tarea podría constituir el componente inicial básico de la labor que vaya a emprenderse con respecto al tratamiento de los grupos de sociedades en supuestos de insolvencia; cabría abordar otros aspectos complementarios del tema tan pronto como se haya concluido esa labor.

III. Protocolos de insolvencia transfronterizos y comunicaciones entre tribunales

24. En el Coloquio se leyeron informes sobre los instrumentos que se habían creado para facilitar la sustanciación de casos de insolvencia transfronteriza, en particular el Concordato de la Insolvencia Transfronteriza de la Asociación Internacional de Abogados y las pautas para la comunicación interjudicial del American Law Institute y del International Insolvency Institute, y sobre la situación de la adopción del régimen de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza. Se subrayó que la Ley Modelo establece el marco legislativo de la

cooperación y coordinación requeridas en casos de insolvencia transfronteriza y, en el apartado d) de su artículo 27, se faculta a los tribunales para que aprueben y apliquen los acuerdos concertados para coordinar los procedimientos que se estén siguiendo. Se presentaron varios casos de insolvencia transfronteriza en que se habían utilizado tales acuerdos o protocolos y se prestó especial atención a los tipos de cuestiones que solían resolver; la forma en que tales protocolos podían facilitar la comunicación y la cooperación transfronteriza entre los tribunales; y las dificultades que habían surgido al negociarse y al utilizarse los protocolos. Se examinaron asimismo casos en que no se recurrió a un protocolo, aun cuando dicho instrumento habría facilitado la sustanciación del caso, y se dieron ejemplos de por qué no se disponía siempre de esos instrumentos. Se señaló también que podrían plantearse problemas lingüísticos al negociar un protocolo, y que la disponibilidad de información sobre casos de insolvencia transfronteriza y las nuevas prácticas introducidas al respecto, en particular en lo que concernía a la coordinación de actuaciones y la cooperación transfronteriza, era imprescindible para favorecer el desarrollo de tales prácticas, especialmente en países que, al no haber tenido casos de insolvencia transfronteriza, no habían sentido la necesidad de utilizar esos protocolos.

25. Cabe observar que haría falta una autorización legislativa apropiada, como sería la adopción de la Ley Modelo de la CNUDMI y, en particular, de sus artículos 25 a 27, que fomentara y facilitara la cooperación en casos de insolvencia transfronteriza y, en particular, el recurso a los protocolos transfronterizos. No obstante, si bien la Ley Modelo prevé esa autorización fundamental, en ella no se describen los aspectos prácticos de su aplicación, salvo lo dispuesto en el artículo 27 y algunas otras observaciones que se formulan en la Guía para su incorporación al derecho interno.

26. Del análisis precedente cabe concluir que sería útil poner por algún medio a disposición de los círculos internacionales competentes la experiencia legislativa y judicial acumulada por los países en la negociación y utilización de los protocolos, y en lo concerniente a su contenido. El conocimiento de esa experiencia favorecería el desarrollo del marco legal propuesto en la Ley Modelo y lo complementaría, a la vez que estimularía la incorporación de ese marco al derecho interno, facilitando así la coordinación y cooperación previstas en los artículos 25 a 27, así como la concertación y utilización de protocolos. De emprenderse tal labor, convendría tratar las cuestiones siguientes: medidas para facilitar y regularizar el intercambio de comunicaciones entre los tribunales (por ejemplo, notificaciones que han de darse a las partes, y su participación en las actuaciones y cuestiones de fondo que deban revelarse a las partes) y normas aplicables al contenido de los protocolos (por ejemplo, en lo concerniente al control y la protección de los bienes y a la coordinación de todo acto de enajenación, así como a la financiación posterior a la apertura de un procedimiento, a la prelación, presentación y clasificación de los créditos, a la distribución del producto de la liquidación entre los acreedores y a la puesta en práctica de la reorganización). Convendría asimismo difundir a título ilustrativo, el texto de protocolos ya negociados.

IV. Responsabilidad de los directivos y gerentes de la empresa antes de abrirse el procedimiento de insolvencia y a resultas de su apertura

27. En el Coloquio se dijo que un número creciente de casos de insolvencia muy sonados giraba en torno a las responsabilidades y obligaciones de los directivos y gerentes de la empresa y que los fallos emitidos ponían de relieve la falta de previsibilidad y seguridad jurídica en la materia. Los informes de algunas organizaciones internacionales sobre su labor al respecto habían dado a conocer algunas de las cuestiones y problemas con que se tropezaba. Hasta la fecha, esa labor se había centrado en impartir orientación sobre las cuestiones que se presentaban en el contexto de la insolvencia, no en establecer normativas. Dicho enfoque obedecía, entre otras cosas, a la diversidad de las soluciones dadas en los distintos países y a la complejidad propia de estas cuestiones, en particular cuando era menester determinar la respuesta que habría de darse a distintos tipos de sociedades (por ejemplo, a la pequeña y mediana empresa, en contraposición a las multinacionales), así como por serles aplicables leyes ajenas al régimen de la insolvencia y consideraciones de política social. Se subrayó, por ejemplo, que si bien en una pequeña o mediana empresa eran frecuentes los vínculos de parentesco entre el propietario y los directivos y gerentes de la empresa y se otorgaban a menudo garantías personales para avalar obligaciones financieras, en una gran empresa de cotización pública no se daban normalmente esas características. Por ello, la actitud y las motivaciones profesionales de los directivos de los distintos tipos de empresa variarían, del mismo modo que diferirían los factores económicos determinantes para la empresa, particularmente en el contexto de distintos tipos de mercado o de economía. Esa diversidad dificultaría el establecimiento de un marco normativo de aplicación universal en materia de responsabilidad del personal directivo. Se señaló que el derecho interno aplicable a estas cuestiones se articulaba en torno a diversas cuestiones de política social que habrían de tenerse también en cuenta en todo debate que tratara de establecer un enfoque unificado. Se señaló asimismo que este tema suscitaba ciertas cuestiones que seguían siendo polémicas en varios países y foros internacionales, particularmente en lo concerniente a si los directivos habían de responder y dar cuenta de su gestión ante los acreedores, además de ante los accionistas.

28. A la luz de lo dicho, cabría concluir que, si bien dar cierta orientación en la materia sería útil para ayudar tanto a los deudores como a los acreedores a determinar lo que cabe considerar como un comportamiento aceptable o inaceptable en una situación que se aproxima a la insolvencia, ciertas cuestiones que habría que abordar para poder dar esas directrices siguen siendo polémicas, por lo cual se estima que el tema no está lo bastante maduro para poder impartir esa orientación de momento.

V. Insolvencia y fraude mercantil

29. En el Coloquio se informó acerca de la labor en curso de la CNUDMI encaminada a determinar los rasgos comunes de las prácticas fraudulentas, particularmente en el contexto de la insolvencia, así como acerca de la participación de la CNUDMI en un estudio emprendido por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD) sobre el fraude y la falsificación de la identidad o su apropiación indebida con fines delictivos, que versaba también sobre el fraude mercantil.

30. Se observó que ambos proyectos versaban sobre cuestiones más o menos conexas con el fraude mercantil, ocupándose, en particular de determinar lo que constituye fraude, así como de detectar y combatir las prácticas fraudulentas; no trataban, en cambio, de las consecuencias del fraude para los empleados, acreedores y demás partes afectadas por la insolvencia.

31. En el Coloquio se sugirieron ciertos temas que convendría examinar en el contexto de la insolvencia, mencionándose en particular la admisibilidad y prelación de las sanciones, la reducción al mínimo de toda intervención penal en el proceso de reorganización, la clasificación de los créditos por inversionistas defraudados, el tratamiento de todo crédito de un acreedor implicado en un fraude, el tratamiento de los créditos internos entre empresas de un mismo grupo multinacional cuando se abra un procedimiento contra un deudor que sea culpable de fraude; el derecho del administrador de la masa a recuperar todo bien enajenado fraudulentamente; y la confiscación de bienes de empresas declaradas insolventes.

32. Se observó que la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia no trataba directamente las cuestiones suscitadas por el fraude en el contexto de la insolvencia, salvo brevemente al referirse a la subordinación de créditos y al tratamiento de multas y sanciones, aunque el Grupo de Trabajo V había examinado este tema en el curso de la elaboración de la Guía Legislativa. En el Coloquio se reconoció la importancia de las cuestiones suscitadas por el fraude para la administración y resolución de un procedimiento de insolvencia. Ahora bien, se subrayó que las cuestiones suscitadas concernían no solo al tratamiento legislativo del fraude en el contexto de la insolvencia (independientemente de si el fraude se cometía antes o durante el curso del procedimiento de insolvencia o de que se rigiera por el régimen de la insolvencia o por alguna otra ley), sino que dependían también de toda medida reglamentaria que se dictara al respecto y que podría repercutir en la administración de la insolvencia.

33. Teniendo presente lo expuesto en los párrafos anteriores, podría concluirse que, antes de ponerse a considerar la posibilidad de emprender alguna labor futura sobre este tema, convendría pasar revista a la labor emprendida por la UNODC concerniente al fraude, incluido el fraude mercantil, y por la CNUDMI en materia de fraude mercantil propiamente dicho, con objeto de determinar hasta qué punto cabría o procedería tratar en ese contexto las cuestiones suscitadas por el fraude en el ámbito de la insolvencia.

VI. Propuesta de labor futura

34. La Secretaría propone que:

a) La cuestión del tratamiento que procedería dar a los grupos de sociedades en supuestos de insolvencia está ya lo bastante madura para ser remitida al estudio de un grupo de trabajo. En principio, el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) tiene previsto reunirse en Viena del 11 al 15 de diciembre de 2006;

b) Convendría iniciar dicho estudio por el tema de la financiación posterior a la apertura de un procedimiento de insolvencia contra una o más empresas de un grupo de sociedades; el grupo de trabajo podría asimismo considerar toda propuesta de que se examinara algún otro aspecto de ese tema;

c) Cabría incluir el tema de los protocolos transfronterizos en el programa de un grupo de trabajo, pero convendría que la labor inicial de reunir datos sobre la experiencia práctica adquirida en la negociación y utilización de protocolos en supuestos de insolvencia transfronteriza se llevara a cabo en consultas con jueces y otros profesionales especializados en insolvencia. Podría presentarse un informe preliminar a la Comisión sobre el curso de esa labor para que lo examinara en su próximo período de sesiones; y

d) Convendría mantenerse al corriente de la labor de otras organizaciones en lo concerniente a la responsabilidad de los directivos y gerentes de la empresa con anterioridad a la apertura y en el curso de un procedimiento de insolvencia, así como sobre la insolvencia y el fraude mercantil, a efectos de facilitar toda determinación futura de la labor que podría emprender la Comisión al respecto.

C. Nota de la Secretaría sobre la evolución del régimen de la insolvencia: adopción e interpretación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza y evolución de la interpretación de "centro de los principales intereses" en la Unión Europea

(A/CN.9/597) [Original: inglés]

Índice

		Párrafos
I.	Introducción	1-2
II.	Evolución del régimen legal de la insolvencia transfronteriza	3-17
	a) Adopción de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza	3
	b) Evolución de la interpretación de la Ley Modelo	4-7
	c) Evolución de la interpretación de "centro de los principales intereses" en virtud del Reglamento del Consejo de la Unión Europea	8-17

I. Introducción

1. La presente nota informa sobre la evolución observada, desde la publicación del documento A/CN.9/580, de 15 de abril de 2005, en el régimen legal de la insolvencia transfronteriza, particularmente con respecto a la adopción del régimen de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza y la interpretación de la expresión "centro de los principales intereses", en resoluciones recaídas en la Unión Europea en virtud del Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia.

2. Se incluyen en el presente documento las resoluciones que interpretan disposiciones del citado Reglamento porque pueden ser de ayuda para la interpretación de disposiciones análogas de la Ley Modelo. La jurisprudencia de la Unión Europea sigue siendo un tanto vacilante, por ejemplo con respecto a la interpretación de la expresión "centro de los principales intereses", y tal vez desee la Comisión pedir a la secretaría que se mantenga informada de las decisiones de los tribunales de la Unión Europea, con vistas a facilitar la interpretación de la Ley Modelo.

II. Evolución del régimen legal de la insolvencia transfronteriza

a) Adopción de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza

3. Se han aprobado leyes basadas en la Ley Modelo en Eritrea; México[1]; Serbia y Montenegro (ambas jurisdicciones[2]); el Japón[3]; Sudáfrica[4]; Rumania[5]; Polonia[6]; las Islas Vírgenes Británicas[7]; los Estados Unidos de América[8]; y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte[9]. En 2000, el Reino Unido promulgó una ley por la que se autorizaba la aplicación de la Ley Modelo por vía reglamentaria. Esa reglamentación, el Reglamento de Insolvencia Transfronteriza, entró en vigor el 4 de abril de 2006 (no se aplica en Irlanda del Norte). Cierto número de países están examinando proyectos de ley inspirados en la Ley Modelo, entre ellos la Argentina y el Pakistán, mientras que otros han recomendado la adopción de ese

---

[1] Ley de Concursos Mercantiles, D.O. 12 de mayo de 2000 (México).

[2] Serbia: Ley de procedimientos de quiebra, 2004, parte XII, Quiebras internacionales; Montenegro: Ley de insolvencia y reorganización de empresas, febrero de 2002.

[3] Ley de asistencia y reconocimiento de procedimientos de insolvencia en el extranjero (Ley núm. 129 de 2000).

[4] Ley de insolvencia transfronteriza, 42 (2000), artículo 34.

[5] Ley núm. 637, de 7 de diciembre de 2002, sobre relaciones de derecho internacional privado en el campo de la insolvencia.

[6] Ley sobre insolvencia y reorganización de empresas, de 28 de febrero de 2003.

[7] Ley de insolvencia, 2003. Esta ley, que entró en vigor en agosto de 2004, incluye disposiciones (parte XVIII) sobre la insolvencia transfronteriza; esta parte no ha entrado en vigor aún. La parte XIX, resoluciones sobre asistencia a procedimientos extranjeros, que ha entrado ya en vigor, faculta a los representantes extranjeros para solicitar diversas medidas en auxilio del procedimiento extranjero y señala las cuestiones que el tribunal deberá tener en cuenta al otorgar esas medidas. En esta parte de la ley figuran disposiciones similares a las de los artículos 5, 7 y 10 de la Ley Modelo.

[8] Código de la Quiebra de los Estados Unidos, capítulo 15.

[9] Ley de insolvencia, 2000.

régimen, entre ellos Australia, Nueva Zelandia y el Canadá. La Ley de insolvencia española 22/2003, que entró en vigor en 2004, contiene disposiciones inspiradas en el régimen de la Ley Modelo y disposiciones basadas en el Reglamento sobre procedimientos de insolvencia del Consejo de la Unión Europea.

b) Evolución de la interpretación de la Ley Modelo

4. A continuación se hace un breve resumen de decisiones recientes con arreglo al capítulo 15 del Código de la Quiebra de los Estados Unidos, que aplica la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza y entró en vigor el 17 de octubre de 2005. Se incluyen esos casos para ofrecer información sobre la aplicación e interpretación de la Ley Modelo en las jurisdicciones en que se ha adoptado. Se prevé incluir también esos casos en el sistema de sentencias y laudos sobre textos de la CNUDMI (CLOUT).

5. *Ian Thow* (Estados Unidos, 2005)[10]. Ian Thow presentó oficialmente la primera solicitud con arreglo al capítulo 15 de la Ley de la Quiebra de los Estados Unidos ("solicitud del capítulo 15"), en Seattle (Washington), el 2 de noviembre de 2005, pidiendo el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal pendiente en la Columbia Británica (Canadá). El tribunal de los Estados Unidos reconoció el procedimiento de la Columbia Británica como procedimiento extranjero principal sobre la base de que prácticamente todos los bienes y acreedores del deudor estaban situados en la Columbia Británica, en donde, por consiguiente, se encontraba el centro de sus intereses principales. El tribunal dictó resoluciones en virtud del artículo 1521 del Código de la Quiebra en el sentido de que: a) se paralizaba la continuación o interposición de acciones individuales relativas a los bienes del deudor y su realización; b) se suspendía el derecho a enajenar, gravar o disponer de otro modo de los bienes del deudor en los Estados Unidos; c) el deudor debía ponerse y poner los archivos pertinentes a disposición del síndico canadiense, para su inspección y examen; d) los bienes del deudor en los Estados Unidos que formaran parte de la masa patrimonial del deudor en virtud del Código de la Quiebra serían administrados por el síndico canadiense; y e) el deudor debería cooperar con el síndico canadiense con respecto a sus derechos y obligaciones, en virtud de dicha resolución. El tribunal se reservó su decisión sobre las cuestiones de la elección de la ley aplicable en relación con los bienes comprendidos en la masa patrimonial del deudor.

6. *TriGem Computer Inc.* (Estados Unidos, diciembre de 2005)[11]. Después de experimentar dificultades financieras, TriGem, una de las mayores empresas fabricantes de computadoras del mundo, fue objeto de un procedimiento de reorganización en virtud de la legislación de Corea del Sur. Como TriGem tenía también acreedores en los Estados Unidos, el síndico nombrado por TriGem en el procedimiento de reorganización coreano presentó una solicitud del capítulo 15 en nombre de la empresa, principalmente para que la paralización automática impidiera la continuación del litigio pendiente contra TriGem en los Estados Unidos. El 7 de diciembre de 2005, el tribunal de los Estados Unidos reconoció el procedimiento

---

[10] Tribunal de Quiebras de los Estados Unidos para el distrito occidental de Washington (resolución no publicada).

[11] Tribunal de Quiebras de los Estados Unidos para el distrito central de California, Caso núm. 2:05-bk-50052-tD, 7 de diciembre de 2005.

de reorganización coreano presentado por la empresa matriz de TriGem como "procedimiento extranjero principal" en virtud del capítulo 15 y prohibió a los acreedores dirigirse contra los bienes de TriGem en los Estados Unidos. La prueba presentada al tribunal de que la República de Corea era el centro de los intereses principales de TriGem consistió en una declaración jurada del representante extranjero en el sentido de que la sede de TriGem, sus sucursales y sus centros comerciales de investigación y formación estaban en distintas partes de la República de Corea.

7. *La Mutuelle Du Mans Assurances IARD* (Estados Unidos, diciembre de 2005)[12]. La filial en el Reino Unido, *La Mutuelle Du Mans Assurances IARD* (MMA), de una compañía de seguros francesa fue objeto de procedimientos de insolvencia en virtud de la Ley de Sociedades de 1985 de la Gran Bretaña, de conformidad con la cual el tribunal había aprobado una propuesta de convenio el 28 de octubre de 2005. La MMA presentó una solicitud del capítulo 15 en Nueva York, el 11 de noviembre de 2005, a fin de ganar tiempo para poder hacer pagos con arreglo al convenio aprobado e impedir a los acreedores demandarla o embargar sus bienes en los Estados Unidos. Después de determinar que el centro de intereses principales del deudor estaba en el Reino Unido y no en Francia, el tribunal reconoció el procedimiento extranjero como procedimiento extranjero principal en virtud del capítulo 15 y prohibió permanentemente a los acreedores dirigirse contra los bienes de la MMA. El tribunal dictó una serie de resoluciones relativas a la marcha del procedimiento, incluida la de que "el proyecto de convenio sancionado por el Tribunal Superior del Reino Unido en el procedimiento extranjero debía tener plena vigencia y ser vinculante para todas las personas y entidades de los Estados Unidos".

c) Evolución de la interpretación de "centro de los principales intereses" en virtud del Reglamento del Consejo de la Unión Europea

8. El breve resumen que sigue contiene una selección de decisiones sobre interpretación en la Unión Europea de la expresión "centro de los principales intereses". La Ley Modelo no define esta expresión, pero el párrafo 3 de su artículo 16 contiene una presunción *juris tantun* de que será el domicilio social del deudor o, si se trata de una persona natural, su residencia habitual. El párrafo 1 del artículo 3 del Reglamento del Consejo de la Unión Europea contiene una presunción análoga con respecto al domicilio social, y su relación expositiva 13 señala que el centro principal de intereses es el lugar donde el deudor lleve a cabo de manera habitual la administración de sus intereses y que, por consiguiente, pueda ser averiguado por terceros[13].

---

[12] Tribunal de Quiebras de los Estados Unidos para el distrito meridional de Nueva York (juez Burton R. Lifland), 7 de diciembre de 2005.

[13] Véase más información sobre este y otros casos pertinentes en www.eir-database.com.

9. *Shierson v. Vlieland-Boddy* (Reino Unido, julio de 2005)[14]. Este caso aclaró el momento en que debe determinarse cuál es el centro de principales intereses del deudor. El tribunal de primera instancia decidió que el momento de determinar el centro de principales intereses era el de la decisión de iniciar el procedimiento. Sin embargo, en apelación, el Tribunal de Apelación mantuvo que el momento pertinente era cuando se pidió por primera vez al tribunal que decidiera sobre la apertura del procedimiento de insolvencia. Por consiguiente, la fecha clave debía ser el momento de la primera vista de la solicitud de quiebra o, cuando se hubiera producido una solicitud de autorización para atender esa petición fuera de la jurisdicción o como medida cautelar antes de la vista de la solicitud de quiebra, el momento de esa solicitud. El tribunal mantuvo también que si el deudor se trasladaba deliberadamente a otro país de la Unión Europea para tratar de eludir el procedimiento de insolvencia al cambiar su centro de intereses principales, no habría motivo para impedirlo, siempre que el tribunal llegara al convencimiento de que ese cambio de lugar por el deudor se basaba en razones de fondo y ofrecía el elemento de permanencia necesario.

10. *Re TXU Europe German Finance BV* (Reino Unido, octubre de 2004)[15]. Este caso se ocupó de si era posible incluir empresas constituidas en otras partes de la Unión Europea en la liquidación voluntaria de los acreedores en el Reino Unido. A pesar de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 73 de la Ley de Insolvencia de 1986 y en el párrafo 1 del artículo 735 de la Ley de Sociedades de 1985 (que indican que una empresa extranjera no puede liquidarse voluntariamente), el tribunal, siguiendo el caso *Re BRAC Rent-A-Car International Inc.*, mantuvo que, de conformidad con el Reglamento del Consejo de la Unión Europea era posible liquidar voluntariamente una empresa extranjera cuando su centro de intereses principales estuviera en el Reino Unido, siempre que, con arreglo a su ley nacional, la empresa pudiera aprobar la resolución pertinente. En este caso, el tribunal aceptó el asesoramiento jurídico extranjero en el sentido de que era posible adoptar esa resolución con arreglo a la legislación de Irlanda y los Países Bajos, que eran los lugares de constitución pertinentes.

11. *Aircraft* (República Checa, abril de 2005)[16]. Este caso implicaba decisiones contradictorias de distintos tribunales de dos Estados Miembros en los que se habían abierto procedimientos principales. Un acreedor solicitó la apertura de un procedimiento de insolvencia ante el Tribunal Regional de Praga (República Checa). En espera de la decisión del tribunal, solicitó también la apertura de un procedimiento de insolvencia ante el Tribunal Regional de Hamburgo (Alemania), afirmando que su centro de intereses principales estaba en esta ciudad. Antes de que el Tribunal Regional de Hamburgo decidiera, el Tribunal Regional de Praga nombró un administrador provisional. Después de haber dictado el Tribunal Regional de Hamburgo una decisión de apertura de un procedimiento principal, el Tribunal Regional de Praga dictó también una decisión de apertura de un procedimiento de esta índole, basándose en que el centro de intereses principales del deudor se encontraba en la República Checa: la residencia privada del deudor se encontraba en la República Checa y realizaba casi a diario sus actividades profesionales en el

[14] Tribunal de Apelación, División de Asuntos Civiles, 28 de julio de 2005; [2005] EWCA Civ. 974.

[15] [2005] BPIR 209.

[16] Tribunal Regional de Praga, 26 de abril de 2005, 78 K 6/05-127.

sector turístico, recomendando sus productos a agencias de viajes en los periódicos locales. El Tribunal Regional de Praga manifestó que, para determinar la prelación entre los procedimientos, debía tenerse en cuenta la fecha de la primera decisión dictada en el caso. Como había dictado dos decisiones (una ordenando al deudor que expresara su opinión sobre la solicitud del acreedor y otra nombrando un síndico provisional), antes de la decisión del tribunal alemán de iniciar el procedimiento, el tribunal de Praga estimó que el procedimiento alemán debía considerarse como procedimiento secundario. El deudor había recurrido contra la decisión del tribunal de Praga y el acreedor contra la decisión del tribunal de Hamburgo.

12. *Silvalux Sarl* (Luxemburgo, abril de 2004)[17]. Este caso implicaba la determinación del centro de los intereses principales de una empresa, inscrita en Francia, con una filial en Luxemburgo. El tribunal estimó que el centro de los intereses principales de la empresa estaba en Luxemburgo, basándose en que el correo certificado enviado a la sede de Francia era devuelto con la indicación de que el destinatario no residía en la dirección indicada, y en que los empleados de la empresa estaban inscritos en el organismo de seguridad social de Luxemburgo.

13. *UK Rover Group* (Reino Unido, mayo de 2005)[18]. El Tribunal Superior determinó que tenía jurisdicción para dictar resoluciones administrativas en relación con los asuntos de ocho filiales de ventas de propiedad totalmente nacional de la empresa inglesa MG Rover Overseas Holding Ltd., constituidas en diferentes países de la Unión Europea. Basó su decisión en los siguientes hechos. En primer lugar, la administración de las empresas de ventas nacionales incluía invariablemente a un director al menos residente en el Reino Unido, y no era frecuente encontrar otras nacionalidades en las juntas directivas de las empresas de ventas nacionales. Además, cinco de las empresas de ventas nacionales tenían una junta directiva con mayoría de residentes en el Reino Unido y la estructura de personal era tal que todos los empleados superiores de las empresas de ventas nacionales eran nombrados por autorización específica directa de la sede internacional en el Reino Unido. En segundo lugar, en cuanto a la estructura financiera, cada una de las empresas de ventas nacionales operaba con arreglo a un presupuesto anual presentado a la sede en el Reino Unido y aprobado en ella; la sede desempeñaba un papel fundamental en la elaboración del presupuesto, el examen financiero y la financiación; y ninguna de las empresas de ventas nacionales podía calificarse a sí misma de autónoma. En tercer lugar, desde el punto de vista comercial, las pruebas indicaban claramente que ninguna de las empresas de ventas nacionales tenía una existencia autónoma e independiente. Por último, el análisis general mostraba que las empresas de ventas nacionales formaban juntas evidentemente una red de filiales que era parte de una estructura colectiva internacional.

---

[17] Tribunal de Luxemburgo, 15 de abril de 2005 (II núm. 365/05).

[18] Tribunal Superior de Justicia, Departamento de la Cancillería, 11 de mayo de 2005.

14. *AvCraft* (Alemania, junio de 2005)[19]. Las fabricas de la AvCraft Aerospace GmbH, filial alemana de la AvCraft Aviation de Leesburg (Virginia), se encontraban en Oberpfaffenhofen, (Alemania). El tribunal alemán estimó que el centro de los intereses principales del deudor se encontraba en Oberpfaffenhofen, ya que era allí donde se entregaban las materias brutas y en donde se promovía y desarrollaba la red jurídica y económica, en particular con respecto a los proveedores. Todas las actividades empresariales pertinentes, como adquisiciones, gestión de personal, contabilidad y negocios principales se realizaban también allí. El tribunal rechazó la presunción del Reglamento del Consejo de la Unión Europea de que el lugar de inscripción del deudor, en este caso Dublín, fuera su centro de intereses principales.

15. *Hukla* (Alemania, agosto de 2004)[20]. El tribunal estimó que el centro de los intereses principales del deudor (una empresa de comercialización austríaca) se encontraba en Alemania, a pesar de que su lugar de inscripción era Viena. La empresa austríaca debía considerarse como dependencia comercial de la empresa alemana, ya que carecía de independencia económica y su traslado a Austria, unos años antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, se debía a razones fiscales y a otras razones relacionadas con los servicios de venta al por menor. Para llegar a esa conclusión, el Tribunal tuvo en cuenta varios factores: la dirección de la empresa matriz situada en Alemania, proporcionaba orientación estratégica y operativa a las actividades de la filial austríaca; el presupuesto de la empresa austríaca se presentaba regularmente a la dirección de la empresa alemana para su aprobación; la organización y la supervisión de la actividad comercializadora realizada por los representantes de ventas de la empresa austríaca tenían lugar en Alemania, y la mayoría de los libros y documentos mercantiles pertinentes se llevaban en Alemania.

16. *Collins & Aikman* (Reino Unido, julio de 2005)[21]. El tribunal inglés estimó una solicitud de decisiones de administración con respecto a 24 empresas del *Collins & Aikman Corporation Group* (cuya sede estaba en los Estados Unidos de América), constituidas en diferentes países de la Unión Europea. Determinó que, de conformidad con el apartado 1 del articulo 3 (presunción del centro de los intereses principales) del Reglamento del Consejo de la Unión Europea, tenía jurisdicción sobre todas las empresas por las siguientes razones: el director que tenía encomendada la coordinación de todas las funciones de administración del efectivo de las empresas europeas estaba en Inglaterra; todas las funciones de coordinación del efectivo, principalmente en relación con la aprobación del pago diario de las solicitudes de efectivo hechas por las distintas fábricas se realizaban en Inglaterra; las cuentas bancarias mancomunadas para las operaciones en la Unión Europea se llevaban en un banco de Londres; los recursos humanos para Europa se coordinaban desde Inglaterra; los sistemas de información para Europa se administraban desde Inglaterra; el diseño empresarial para Europa se realizaba en Inglaterra; la mayoría de las funciones de ventas en relación con las operaciones europeas se realizaban desde Inglaterra; y la decisión estratégica adoptada en relación con las operaciones europeas había correspondido en gran parte a un comité con sede en Inglaterra, compuesto en su mayoría de ejecutivos del Reino Unido.

---

[19] AG Weilheim i.OB, 22 de junio de 2005 (IN 260/05).
[20] Tribunal del distrito de Offenburg, 2 de agosto de 2004.
[21] Tribunal Superior de Justicia, 15 de julio de 2005, [2005] EWHC 1754 (Ch).

17. *Dental Technician* (Alemania, abril de 2005)[22]. El tribunal alemán declaró que, para evitar la incertidumbre jurídica, el momento de examen del centro de los intereses principales debía ser el de la presentación de la solicitud, y no el momento de contraer las deudas. El tribunal no resolvió la cuestión de si el momento de evaluar el centro de los intereses principales podía ser el de la decisión de apertura del procedimiento, ni de cuál sería el juez competente en el caso de que el deudor hubiera trasladado su centro de los intereses principales después de presentar la solicitud pero antes de que se adoptara la decisión. En cuanto al criterio para determinar el centro de los intereses principales del deudor, el Tribunal observó que, en lo que se refería a los empleados, era pertinente su domicilio o lugar de residencia habitual. En el caso que se examinaba, tanto el domicilio como el lugar de residencia habitual del deudor se encontraban en Inglaterra; el deudor desarrollaba su actividad profesional como técnico dental en Inglaterra y no había mostrado ninguna intención de volver a Alemania; en el momento de la presentación de la solicitud, había adoptado ya medidas para poner fin a sus asuntos profesionales y personales en Alemania; tenía una dirección válida en Inglaterra y despachaba desde allí su correspondencia comercial; y administraba sus bienes personales situados en Alemania desde Inglaterra.

[22] AG Celle, 18 de abril de 2005 (29 IN 11/05).

D. Nota de la Secretaría sobre el fraude comercial: labor en curso y posible labor futura

(A/CN.9/600) [Original: inglés]

1. La Comisión tal vez desee recordar su examen del tema del fraude comercial en los períodos de sesiones 35º a 38º, celebrados de 2002 a 2005[1].

2. Se informó a la Comisión, en su 35º período de sesiones, celebrado en 2002, de que las prácticas fraudulentas de carácter internacional tenían un impacto económico negativo considerable en el comercio mundial y afectaban habitualmente a las instituciones legítimas de comercio. Se observó además que los órganos internacionales no habían abordado suficientemente las prácticas fraudulentas que afectaban al comercio internacional, en especial en lo concerniente a sus aspectos comerciales. Se expresó la opinión de que la Comisión tenía la doble ventaja de tener una perspectiva gubernamental y de disponer de una pericia internacionalmente reconocida en materia de comercio internacional; además, contaba con una tradición de colaboración con otras organizaciones internacionales y estaba bien situada para examinar el fenómeno del fraude comercial. Pese a que se expresaron reservas con respecto al alcance de todo proyecto en esa esfera, particularmente en vista de los limitados recursos, se decidió que la Secretaría preparase un estudio sobre el fraude comercial a fin de que la Comisión considerara si era apropiado y viable proseguir esa labor[2].

3. A fin de formarse un juicio sobre el alcance y las repercusiones del fraude comercial y considerar posibles recomendaciones sobre la acción futura, la Secretaría convocó en diciembre de 2002 una reunión de expertos que se enfrentan habitualmente al fraude comercial y luchan contra él y que representaban diferentes regiones, perspectivas y disciplinas. Tras la celebración de esa reunión, la Secretaría preparó y difundió una nota sobre la posible labor futura en materia de fraude comercial (A/CN.9/540), como había recibido la Comisión en su 35º período de sesiones. En esa nota se llegaba a la conclusión de que, a juzgar por las pruebas disponibles, el fraude comercial constituía para el comercio internacional una grave amenaza que podía ser cada vez mayor. En la nota se consideraban también factores relativos a la definición o descripción del fraude comercial y se llegaba a la conclusión de que en la actualidad no era viable una definición precisa, pero sería útil determinar y detallar las características comunes de la conducta comercial fraudulenta. Por último, se indicaba también que había una importante e independiente dimensión mercantil del fraude comercial además de la dimensión de cumplimiento de la ley penal, y se hacían varias recomendaciones a la Comisión en relación con la labor futura en esa esfera.

---

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/57/17), párrs. 279 a 290; *ibid.*, *quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/58/17), párrs. 231 a 241; *ibid.*, *quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/59/17), párrs. 108 a 112, e *ibid.*, sexagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/60/17), párrs. 216 a 220.

[2] *Ibid.*, *quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* y corrección (A/57/17 y Corr.3), párrs. 279 a 290.

4. En su 36º período de sesiones, la Comisión examinó la nota de la Secretaría (A/CN.9/540). Estuvo de acuerdo con la recomendación de que se organizara un coloquio internacional que propiciara un intercambio de opiniones entre las diversas partes interesadas, incluidas las que colaboran en gobiernos nacionales, organizaciones intergubernamentales y organizaciones privadas pertinentes sobre los aspectos de derecho privado del fraude comercial. Se observó también que el coloquio serviría de oportunidad para promover un intercambio de opiniones con los sectores especializados en derecho penal y regulatorio que luchan contra el fraude comercial, y para determinar los asuntos que se podían coordinar y armonizar. Además, la Comisión consideró que sería útil que la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal (la Comisión del Delito de las Naciones Unidas) realizara un estudio, por conducto del Centro para la Prevención Internacional del Delito, de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), en consulta con la Secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional[3].

5. Se celebró en Viena, del 14 al 16 de abril de 2004, un coloquio sobre fraude comercial internacional. Figuraron como oradores, especialistas y participantes en el coloquio expertos en cada una de las diversas esferas examinadas que representaban el espectro más amplio posible de criterios acerca del problema del fraude comercial. Asistieron al coloquio unos 120 participantes de 30 países. Se convino en que se habían disipado todas las dudas en cuanto a la existencia generalizada del fraude comercial y su efecto significativo en el mundo, sin consideración del desarrollo económico o del sistema de gobierno de los países. Se convino además en que la educación y la capacitación desempeñaban papeles significativos en la prevención del fraude y en que sería especialmente útil determinar la existencia de señales e indicadores comunes de advertencia acerca del fraude comercial. En el coloquio se convino además en que la cooperación en el plano local entre los organismos encargados de hacer cumplir la ley y el sector privado parecía tener particular eficacia y debía alentarse. Si bien se habían hecho algunos progresos respecto de la elaboración de una descripción del fraude comercial, se consideró en general que sería necesario trabajar más para formular una definición, caracterización o definición precisa. Se propuso, en particular, que se considerara seriamente la posibilidad de crear medios para reunir y dar publicidad a estadísticas e información acerca del fraude comercial y se sugirió que la información pública acerca de tipos de fraude, pautas típicas y vínculos con otras fuentes de información revestía considerable valor en la lucha contra el fraude comercial (véase A/CN.9/555, párrs. 3 y 4, 25 a 28 y 62 a 71).

6. En su 37º período de sesiones, celebrado en 2004, la Comisión examinó el informe de la Secretaría sobre el coloquio (A/CN.9/555) y convino en que la Secretaría facilitara, siempre que fuera oportuno, el estudio de ejemplos de fraude comercial al examinar proyectos concretos, a fin de que las delegaciones que se ocuparan de esos proyectos pudieran tener en cuenta el problema del fraude en sus deliberaciones. Además, teniendo en perspectiva la formación, la capacitación y la prevención, la Comisión convino en que la preparación de listas de las maniobras que caracterizaban las operaciones fraudulentas más comunes podía ser muy

---

[3] *Ibid.*, *quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/58/17), párrs. 240 y 241.

instructiva para las partes en el comercio internacional y para otras entidades que pudieran ser blanco del fraude, ya que esas listas las ayudarían a protegerse y evitar caer víctimas de las estratagemas fraudulentas. Se podía invitar además a las organizaciones nacionales e internacionales interesadas en la lucha contra el fraude comercial a que distribuyeran ese material entre sus miembros, con lo cual se podría poner a prueba las listas y mejorarlas. Si bien no se propuso que la propia Comisión o sus grupos de trabajo intergubernamentales se ocuparan directamente de ello, se acordó que la Secretaría examinara la posibilidad de preparar, en estrecha consulta con los expertos, materiales que contuvieran listas de las maniobras que caracterizaban las operaciones fraudulentas más comunes, y mantendría a la Comisión informada de los progresos a ese respecto[4].

7. En el 38º período de sesiones de la Comisión, celebrado en 2005, se señaló a su atención la resolución 2004/26 aprobada por el Consejo Económico y Social (ECOSOC) el 21 de julio de 2004, titulada "Cooperación internacional en materia de prevención e investigación del fraude, la falsificación de identidad y su uso indebido con fines delictivos y los delitos conexos y enjuiciamiento y castigo de sus autores". En la resolución se preveía convocar un grupo intergubernamental de expertos que preparase un estudio sobre el fraude y la falsificación de identidad y su uso indebido con fines delictivos y elaboraría, sobre la base de ese estudio, prácticas, directrices u otro material pertinente, teniendo en cuenta en particular la labor de la CNUDMI a ese respecto. En la resolución también se recomendó al Secretario General que designara a la UNODC para actuar como secretaría del grupo intergubernamental de expertos, en consulta con la secretaría de la CNUDMI[5].

8. Se informó a la Comisión, asimismo en su 38º período de sesiones, de que la UNODC había organizado una reunión del grupo intergubernamental de expertos los días 17 y 18 de marzo de 2005 cuyos resultados se habían presentado a la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal en su 14º período de sesiones (Viena, 23 a 27 de mayo de 2005, véase el documento E/CN.15/2005/11). Se notificó a la Comisión que los participantes en esa reunión habían señalado que el fraude era un problema grave para sus gobiernos y estaba aumentando rápidamente, tanto en lo referente a los diversos tipos de fraude que se cometían como a su alcance geográfico y a su diversidad, debido, en parte, a ciertos avances de la tecnología. Los participantes habían convenido en que debía emprenderse un estudio del problema sobre la base de la información recibida de los Estados Miembros de la Comisión del Delito de las Naciones Unidas en respuesta a un cuestionario sobre el fraude y la falsificación de identidad y su uso indebido con fines delictivos que había de distribuir la UNODC. Se informó además a la Comisión de que su secretaría había participado en la reunión del grupo de expertos y la Comisión expresó su apoyo a la asistencia de la secretaría de la CNUDMI en el proyecto de la UNODC[6].

---

[4] *Ibid.*, *quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/59/17), párrs. 110 a 112.

[5] *Ibid.*, *sexagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/60/17), párr. 217.

[6] *Ibid.*, *sexagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/60/17), párrs. 218 y 219.

I. Labor de la CNUDMI relativa a las maniobras que caracterizan las operaciones fraudulentas más comunes

9. Teniendo en cuenta la propuesta formulada por la Comisión en su 37º período de sesiones en el sentido de que considerara la preparación de listas de las maniobras que caracterizaban las operaciones fraudulentas más comunes, la Secretaría celebró una reunión de expertos en materia de fraude comercial del 12 al 14 de octubre de 2005 a fin de examinar temas relacionados con la formulación de una lista de dichas maniobras, incluidos el carácter y el contenido de la lista así como su aprovechamiento óptimo en la formación y capacitación, con miras a la prevención del fraude comercial.

10. En espera del examen último y la aprobación por la Comisión de los materiales de divulgación, se acordó que los propósitos deseados del proyecto eran tres:

a) Elaborar materiales que pusieran de manifiesto las pautas y las características del fraude comercial de manera que se alentara al sector privado a movilizar sus recursos para luchar contra el fraude comercial organizada y sistemáticamente;

b) Asistir a las entidades gubernamentales para que comprendieran cómo podrían ayudar al sector público y privado a resolver el problema del fraude comercial; y

c) Asistir a las autoridades penales para que comprendieran cuál era la mejor manera de hacer participar al sector privado en la lucha contra el fraude comercial.

11. En la reunión de expertos se hizo hincapié en que el objetivo global del proyecto era elaborar un documento de fácil acceso y comprensión que enumerara indicadores que ayudarían a detectar conductas que podrían constituir fraude comercial, de manera que sirviera para prevenir el fraude mediante una distribución amplia. Se pensó que los posibles destinatarios de los materiales podrían ser, entre otros, personas de negocios, individuos, reguladores, profesionales, funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, litigantes en causas civiles y penales, y posiblemente también tribunales que conocieran de causas civiles y penales relacionadas con el fraude comercial. En cuanto a la naturaleza de los materiales o del documento previsto, se destacó que no sería un texto legislativo ni jurídico, sino que se incluiría más bien en la categoría de los documentos con orientación útil y materiales de referencia para usuarios.

12. Aunque se reconoció que sería deseable disponer de una definición de fraude comercial a fin de identificar dicha actividad, se subrayó que sería más adecuada una definición descriptiva, y no estrictamente jurídica, a la luz de los objetivos y de la extensión prevista del proyecto, y también para asegurar su flexibilidad. Continúan los debates sobre los elementos necesarios de tal descripción para adecuarla a todos los ordenamientos jurídicos, pero se considera que toda definición de fraude comercial debería reflejar los siguientes elementos:

a) Un elemento de engaño o de información inexacta;

b) Una dimensión y una escala económicas;

c) Emplear o abusar y distorsionar o comprometer el buen funcionamiento de los sistemas comerciales, con posible impacto en el ámbito internacional;

d) Una pérdida de valor.

13. Se sugirió que los indicadores o rasgos comunes deberían ir precedidos de una introducción o un comentario en que podrían exponerse el propósito de los materiales y sus posibles destinatarios (que podrían incluir expresamente a los países desarrollados y a los países en desarrollo), así como información sobre el trasfondo y la metodología del proyecto. Los materiales mismos podrían consistir en el tratamiento diferenciado de una serie de indicadores o características del fraude comercial, pero explicando que cada característica por sí sola no se entendería como indicador definitivo de la presencia de un fraude comercial. Más bien, la presencia de un único indicador sería una señal de que existía la posibilidad de fraude comercial, mientras que la presencia de varios indicadores elevaría tal preocupación. Tras nombrar cada indicador se incluiría una breve descripción, seguida de descripciones más detalladas y de ejemplos, a fin de aclarar todavía más los diversos matices de conducta y de forma que se deseaba incluir. Los ejemplos se extraerían de ámbitos variados de la práctica jurídica e incluirían varios tipos de víctimas, para indicar que estaban pensados para su aplicación universal en un contexto comercial. Se acordó que resultaría útil ofrecer consejos, advertencias o recomendaciones para cada tipo de indicador, según procediera, y que como muchos indicadores podrían o deberían solaparse, tendrían que incluirse también referencias cruzadas a otros indicadores relacionados.

14. Se sugirió que un formato viable para preparar los rasgos comunes de los planes fraudulentos podría ser el siguiente:

a) Un nombre sencillo con el que conocer e identificar cada tema;

b) Una breve descripción acompañada de ejemplos concretos del tipo de conducta incluido;

c) Una explicación más detallada de cada aspecto de la conducta;

d) Advertencias, consejos o recomendaciones; y

e) Referencias cruzadas a temas relacionados.

15. También se consideró adecuado tratar una serie de temas, en consonancia con el enfoque esbozado en el párrafo anterior. Si bien se reconoció que con toda probabilidad el trabajo continuado sobre los indicadores sacaría a la luz otros temas dignos de ser tratados, en una lista preliminar de temas se podrían incluir los citados a continuación:

a) Documentos irregulares;

b) Uso indebido de nombres;

c) Uso indebido de términos técnicos;

d) Frustración de la debida diligencia;

e) Rendimientos desproporcionados;

f) Fuente de pago cuestionable o desconocida;

g) Operaciones excesivamente complejas;

h) Fraude basado en la afinidad o en las relaciones personales;

i) Secreto indebido;

j) Empleados con una preparación excesiva o insuficiente para su puesto de trabajo;

k) Ciertos incentivos a empleados;

l) Inconsistencias en las operaciones;

m) Aspectos irracionales o ilógicos;

n) Influencia o incentivos indebidos;

o) Solicitud inadecuada de revelación de información;

p) Fraude cometido durante una insolvencia;

q) Uso indebido de motivos; y

r) Trampas.

16. También se propuso incluir en los materiales unos apéndices explicativos que pudieran ser útiles para los futuros usuarios. Aunque se expresó cautela en cuanto a los recursos disponibles para preparar o mantener los mencionados apéndices, se pensó que podrían tenerse en cuenta las siguientes propuestas para su inclusión como apéndices:

a) Un glosario de términos comúnmente utilizados, que incluyera los empleados exclusivamente en fraudes y los que tuvieran usos legítimos y usos fraudulentos;

b) Una explicación de cómo actuar con debida diligencia para evitar ser víctima del fraude comercial;

c) Una lista de sitios web legítimos o que publicaran advertencias e información sobre el fraude comercial;

d) Una base de datos de operaciones fraudulentas que se hubieran descubierto hasta el momento en países de todo el mundo;

e) Una base de datos de perfiles de víctimas del fraude comercial; y

f) Una serie de preguntas o una lista de control para ayudar a organizaciones o a individuos a entender si podían estar corriendo un riesgo.

II. Estudio de la UNODC sobre el fraude

17. La UNODC ha informado a la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal sobre la marcha de los trabajos del estudio del fraude, la falsificación de identidad y su uso indebido con fines delictivos (Viena, 24 a 28 de abril de 2006; véase E/CN.15/2006/11).

18. Como se expuso en el documento arriba indicado, en su reunión de marzo de 2005 el Grupo Intergubernamental de Expertos convino en que el estudio debería examinar la información y los materiales proporcionados por los propios expertos, los datos disponibles de fuentes gubernamentales, incluidos los materiales pertinentes y apropiados de carácter normativo, legislativo, de investigación y de otra índole y, cuando correspondiera y fuese viable, información de fuentes comerciales y de otras fuentes intergubernamentales o no gubernamentales. El Grupo de Expertos convino también en que la Secretaría de la UNODC debía preparar y distribuir a los Estados miembros de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal un cuestionario con dos secciones básicas, una de ellas dedicada al fraude y la otra a la falsificación de identidad, con objeto de obtener información sobre el fraude y la falsificación de identidad, y su uso indebido con fines delictivos.

19. El cuestionario, en su forma enmendada final, se adjuntó para su examen a una nota verbal de fecha 15 de septiembre de 2005 distribuida por la Secretaría de la UNODC a los Estados miembros de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, y a los expertos que habían asistido a la reunión del grupo intergubernamental de expertos, con miras a que presentaran al grupo datos, observaciones o conclusiones sobre temas específicos del estudio.

20. La Secretaría de la CNUDMI colaboró con la Secretaría de la UNODC en la redacción de un cuestionario, y en octubre de 2005, con miras a reunir información de fuentes mercantiles y otras fuentes del sector privado, lo distribuyó a organizaciones gubernamentales y no gubernamentales y a otros invitados no estatales a los períodos de sesiones de la Comisión, así como a compañías líderes de diversos sectores en todo el mundo que se pensó podrían tener interés en responder al cuestionario directamente o reenviarlo a sus socios.

21. La Secretaría de la UNODC ha informado de que procederá a la redacción del estudio a su debido tiempo y en conjunción con su Grupo Intergubernamental de expertos. Se prevé que el informe sustantivo final se presente a la Comisión de las Naciones Unidas de Prevención del Delito y Justicia Penal en su 60º período de sesiones, en 2007, y posiblemente se presentará también a la Comisión para su examen en un período de sesiones futuro.

III. Propuesta de labor futura

22. La Comisión tal vez desee solicitar:

a) Que la Secretaría prosiga con su labor, junto con expertos y otras organizaciones interesadas, para identificar los rasgos comunes de los planes fraudulentos, con vistas a presentar materiales provisionales o finales para su examen por la Comisión en un período de sesiones futuro; y

b) Que la Secretaría continúe asistiendo y colaborando con la UNODC en su estudio del fraude y de la falsificación y el uso indebido de identidad, y mantenga informada a la Comisión sobre la marcha de sus trabajos.

VI. JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES SOBRE LOS TEXTOS DE LA CNUDMI (CLOUT)

La secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sigue publicando las decisiones judiciales y los laudos arbitrales que guardan relación con la interpretación o aplicación de textos emanados de la labor de la CNUDMI. Véase una descripción del sistema CLOUT (Case Law on UNCITRAL Texts - Jurisprudencia de los tribunales sobre los textos de la CNUDMI) en la Guía del Usuario (A/CN.9/SER.C/GUIDE/1/Rev.1), publicada en 2000 y disponible en el sitio de Internet www.uncitral.org.

Los documentos A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS pueden obtenerse de la secretaría de la CNUDMI:

Secretaría de la CNUDMI
Apartado postal 500
Centro Internacional de Viena
A-1400 Viena
Austria

Teléfono (+43-1) 26060-4060 o 4061
Télex: 135612 uno a
Telefax: (+43-1) 26060-5813
Correo-e: *uncitral@uncitral.org*

También pueden consultarse en la página de la CNUDMI en Internet www.uncitral.org.

La secretaría envía a quienes lo soliciten copia del texto completo, en el idioma original, de las decisiones judiciales y laudos arbitrales de los que se haya informado en el marco del sistema CLOUT.

VII. ASISTENCIA TÉCNICA PARA LA REFORMA DEL DERECHO

Nota de la Secretaría sobre asistencia técnica (A/CN.9/599) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1-2
II.	Textos de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional	3-4
III.	Asistencia técnica para la reforma del derecho	5-7
	A. Actividades de asistencia técnica	8-14
	B. Medios para la asistencia técnica	15-33
IV.	Financiación extrapresupuestaria	34-40
V.	Actividades futuras	41-43

I. Introducción

1. De conformidad con una decisión adoptada en el 20º período de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)[1] , celebrado en 1987, las actividades de asistencia técnica figuran entre las principales prioridades. Estas actividades promueven el conocimiento y la adopción de los textos jurídicos que produce la Comisión y son especialmente útiles para los países en desarrollo que carecen de conocimientos en los ámbitos del comercio y el derecho mercantil incluidos en la labor de la CNUDMI. La reforma del derecho mercantil, basada en instrumentos internacionales armonizados, influye en la capacidad de las personas emprendedoras de todos los Estados de participar en el comercio internacional, que es un factor importante para lograr el desarrollo sostenible y la estabilidad social. Así pues, las actividades de asistencia técnica de la secretaría pueden contribuir a las iniciativas de integración económica de los países en desarrollo.

2. En la presente nota se reseñan las actividades realizadas por la secretaría desde la publicación de la nota anterior, que se presentó a la Comisión en su 38º período de sesiones, celebrado en 2005 (A/CN.9/586, de 1 de abril de 2005), se informa sobre el fortalecimiento de los recursos para apoyar las actividades de asistencia técnica y se indican otras que podrían realizarse en el futuro.

II. Textos de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

3. Por su mandato, que consiste en preparar y promover la utilización y adopción de instrumentos legislativos y no legislativos en diversas esferas clave del derecho mercantil, como la compraventa, la solución de controversias, la contratación pública, la banca, los pagos y la insolvencia, el transporte y el comercio electrónico, la CNUDMI desempeña una importante función en la preparación del marco jurídico del comercio y las inversiones internacionales. Esos textos son ampliamente aceptables, porque ofrecen soluciones apropiadas para distintos ordenamientos jurídicos y países en diferentes etapas de desarrollo económico.

4. Entre esos instrumentos figuran los siguientes:

a) En materia de ventas, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías[2] y la Convención de las Naciones Unidas sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías[3];

---

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/42/17), párr. 335.

[2] Once de abril de 1980, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1489, pág. 3; *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Viena, 10 de marzo a 11 de abril de 1980* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.82.V.5), parte I.

[3] *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la prescripción en la compraventa internacional de mercaderías, Nueva York, 20 de mayo a 14 de junio de 1974*

b) En materia de solución de controversias, la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras[4] (convención de las Naciones Unidas aprobada antes de que se estableciera la Comisión, pero promovida activamente por ella), el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI[5], el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI[6], la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional[7], las notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral[8], y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional[9];

c) En materia de contratación pública, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios[10], la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada[11] y las Disposiciones Legales Modelo de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada[12];

d) En materia de banca y pagos, la Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales[13], la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito[14], la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente[15] y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional[16];

e) En materia de insolvencia, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza[17] y la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia[18];

(publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.74.V.8), parte I; Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1511, págs. 77 y 99; *Anuario de la CNUDMI 1980*, parte III, cap. I, secc. C.

[4] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 330, núm. 4739.

[5] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/31/17), párr. 57; *Anuario de la CNUDMI 1976*, parte 1, cap. II, secc. A.

[6] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo quinto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/35/17), cap. V, secc. A, párr. 106, *Anuario de la CNUDMI 1980*, parte 3, cap. II.

[7] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/40/17), anexo I; *Anuario de la CNUDMI 1985*, parte 3, cap. I.

[8] *Anuario de la CNUDMI 1996*, parte 3, cap. II.

[9] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/57/17), anexo I; *Anuario de la CNUDMI 2002*, parte 3.

[10] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/49/17), anexo I; *Anuario de la CNUDMI 1994*, parte 3, cap. I.

[11] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.01.V.4, A/CN.9/SER.B/4.

[12] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/57/17), anexo I.

[13] *Anuario de la CNUDMI 1988*, parte 3, cap. I; resolución 43/165 de la Asamblea General, anexo.

[14] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/47/17), anexo I.

[15] Nueva York, 11 de diciembre de 1995, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2169, pág. 163; *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/50/17), anexo I.

[16] *Anuario de la CNUDMI 2002*, parte 3; resolución 56/81 de la Asamblea General, anexo.

[17] *Anuario de la CNUDMI 1992*, parte 3, cap. I.

[18] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/59/17), párr. 55.

f) En materia de transporte, el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, 1978 (Reglas de Hamburgo)[19] y el Convenio de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional[20]; y

g) En materia de comercio electrónico, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico[21] y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas[22] y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales[23].

III. Asistencia técnica para la reforma del derecho

5. En su resolución 60/20, de 23 de noviembre de 2005, la Asamblea General reafirmó la importancia que revestía, especialmente para los países en desarrollo, la labor de asistencia técnica de la Comisión en materia de derecho mercantil internacional y reiteró su llamamiento al Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y a otros órganos responsables de la asistencia para el desarrollo, como el Banco Mundial y los bancos regionales de desarrollo, así como a los gobiernos en el marco de sus programas de asistencia bilateral, para que prestaran apoyo al programa de asistencia técnica de la Comisión y para que cooperaran con la Comisión y coordinaran sus actividades con las de esta.

6. En la misma resolución, la Asamblea General destacó la importancia de la entrada en vigor de las convenciones resultantes de la labor de la Comisión en pro de la unificación y la armonización a nivel mundial del derecho mercantil internacional y, a tal fin, exhortó a los Estados que aún no lo hubieran hecho a que consideraran la posibilidad de firmar o ratificar esas convenciones o de adherirse a ellas. La secretaría de la CNUDMI está dispuesta a prestar asistencia técnica y asesoramiento a los Estados que están considerando la posibilidad de firmar o ratificar las convenciones de la CNUDMI o de adherirse a ellas, así como a los Estados que están en vías de revisar su legislación mercantil.

7. Las actividades de asistencia técnica que efectúa la secretaría de la CNUDMI comprenden: la organización de misiones de información y seminarios y la participación en conferencias para familiarizar a los participantes con los textos de la CNUDMI y su utilización; evaluaciones de las reformas legislativas para ayudar a los gobiernos, los órganos legislativos y otras autoridades de los países en desarrollo y de otros países a revisar la legislación existente y evaluar la necesidad de proceder a una reforma legislativa en la esfera mercantil; asistencia para la redacción de legislación nacional a fin de aplicar los textos de la CNUDMI; asistencia a los

---

[19] Hamburgo, 31 de marzo de 1978, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1695, pág. 3; *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, Hamburgo, 6 a 31 de marzo de 1978* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta, S.80.VIII.1), documento A/CONF.89/13, anexo I.

[20] A/CONF.152/13, anexo.

[21] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/51/17), anexo I.

[22] *Ibid.*, *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/56/17), anexo II.

[23] Nueva York, noviembre de 2005, resolución 60/21 de la Asamblea General, anexo.

organismos de desarrollo internacional, como el Banco Mundial, para que utilicen los textos de la CNUDMI en sus actividades y proyectos de reforma legislativa; asesoramiento y asistencia a las organizaciones internacionales y de otra índole, como asociaciones profesionales, organizaciones de abogados, cámaras de comercio y centros de arbitraje, respecto de la utilización de los textos de la CNUDMI; y organización de actividades colectivas de capacitación para facilitar al personal judicial y otros profesionales del derecho la aplicación e interpretación de la legislación comercial moderna basada en los textos de la CNUDMI.

A. Actividades de asistencia técnica

8. La participación de la secretaría y de expertos de la CNUDMI en las actividades de asistencia técnica que se indican más abajo para promover la utilización y adopción de los textos de la Comisión, y en algunos casos para prestar asistencia al redactar la legislación de aplicación, fue financiada por el Fondo Fiduciario para simposios de la CNUDMI:

a) Belgrado (Serbia y Montenegro) (18 a 19 de junio de 2005), seminario sobre el régimen de la insolvencia, celebrado en cooperación con el Centro Europeo para la Paz y el Desarrollo de la Universidad de la Paz (12 participantes);

b) Beijing (China) (28 a 30 de junio de 2005), curso práctico internacional organizado por la Universidad de Ciencia y Tecnología y el Congreso Municipal de Beijing para estudiar nuevos proyectos de legislación sobre proyectos de infraestructura con financiación privada (60 participantes);

c) El Cairo (Egipto) (12 y 13 de septiembre de 2005), participación en la conferencia regional titulada “25 años de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías” (100 participantes);

d) Singapur (22 y 23 de septiembre de 2005), participación en la conferencia regional para celebrar el 25º aniversario de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y el 20º aniversario de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Arbitraje Comercial Internacional (180 participantes);

e) Minsk (Belarús) (13 y 14 de octubre de 2005), seminario de la CNUDMI acerca de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (110 participantes);

f) Seúl (República de Corea) (27 de octubre de 2005), seminario de la CNUDMI sobre el derecho mercantil internacional, organizado por el Ministerio de Justicia y la Asociación coreana de derecho mercantil internacional (100 participantes); e Isla Cheju (República de Corea) (29 de octubre de 2005), conferencia sobre derecho mercantil internacional organizada por la Asociación coreana de derecho mercantil internacional y la Universidad Nacional de Cheju (130 participantes);

g) Ginebra (Suiza) (31 de octubre a 4 de noviembre de 2005), simposio organizado por el Centro UNCTAD/OMC de Comercio Internacional sobre los tratados comerciales multilaterales y las economías en desarrollo: mejora de los métodos de trabajo y de los marcos reglamentarios nacionales (60 participantes);

h) Sharm El Sheikh (Egipto) (19 a 21 de noviembre de 2005), conferencia internacional organizada por el Centro Regional de Arbitraje Mercantil Internacional de El Cairo sobre la función decisiva de los tribunales estatales en el arbitraje (150 participantes);

i) Bratislava (Eslovaquia) (23 y 24 de enero de 2006), primer curso práctico intergubernamental sobre la mediación, organizado por Conflict Management International y el Gobierno del Reino Unido (45 participantes);

j) Bogotá (Colombia) (27 a 29 de marzo de 2006), seminario internacional sobre la insolvencia y la contratación pública, patrocinado por la CNUDMI, la Cámara de Comercio de Bogotá, el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, INSOL International, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia, la Pontificia Universidad Javeriana, la Universidad del Rosario y la Universidad Externado de Colombia (300 participantes).

9. La participación de la secretaría y de expertos de la CNUDMI en las actividades de asistencia técnica que se indican más abajo fue financiada en parte por el Fondo Fiduciario para simposios de la CNUDMI y también por el coorganizador:

a) Santa Cruz de la Sierra (Bolivia) (27 a 29 de julio de 2005), participación en un foro internacional sobre derecho mercantil, organizado por la Cámara de Industria, Comercio y Servicios (80 participantes);

b) Río de Janeiro (Brasil) (6 a 11 de agosto de 2005), conferencias sobre la CNUDMI durante el XXXII Curso de derecho internacional para el Comité Jurídico Interamericano de la Organización de los Estados Americanos (45 participantes);

c) Chiang Mai (Tailandia) (26 a 28 de septiembre de 2005), curso práctico sobre el régimen de la insolvencia y la legislación relativa a las operaciones garantizadas, organizado conjuntamente con la Oficina de Asuntos Judiciales del Ministerio de Justicia de Tailandia para Viet Nam, Camboya, Myanmar y la República Democrática Popular Lao (43 participantes);

d) Cotonou (Benin) (21 a 23 de febrero de 2006), participación en el seminario del Centro UNCTAD/OMC de Comercio Internacional sobre la participación de Benin en los tratados de comercio multilateral (25 participantes);

e) El Cairo (Egipto) (22 y 23 de marzo de 2006), Cuarto foro de las Naciones Unidas sobre solución de controversias en línea, celebrado con el auspicio del Centro Regional de Arbitraje Mercantil Internacional de El Cairo y en colaboración con el Center for Information Technology and Dispute Resolution de la Universidad de Massachusetts (Estados Unidos de América), el grupo de expertos de las Naciones Unidas sobre solución de controversias en línea, el Ministerio de Comunicaciones y Tecnología de la Información, la Liga Árabe y la CNUDMI.

10. La participación de miembros de la secretaría de la CNUDMI en las siguientes actividades en que se presentaron textos de la Comisión para su examen y posible adopción o utilización corrió por cuenta de los organizadores o de otra organización y, en algunos casos, se financió íntegra o parcialmente con recursos del presupuesto ordinario de las Naciones Unidas para gastos de viaje:

a) Ponencias sobre la labor de la CNUDMI para el curso de postgrado sobre derecho mercantil internacional auspiciado por el Centro Internacional de Formación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y el Instituto Universitario de Estudios Europeos (Turín (Italia), 5 de abril de 2005);

b) Simposio sobre las novedades en lo relativo al UNIDROIT, Universidad de Loyola (Nueva Orleans (Estados Unidos de América), 5 a 9 de abril de 2005);

c) Conferencia sobre las tendencias del régimen internacional de las garantías reales (Berna (Suiza), 6 de mayo de 2005);

d) Reunión del Comité de peritos gubernamentales del UNIDROIT acerca de la preparación de un proyecto de convención sobre reglas sustantivas armonizadas en materia de garantías en poder de un intermediario (Roma (Italia), 9 a 20 de mayo de 2005);

e) Curso práctico sobre las normas del derecho mercantil internacional en Omán, organizado por el programa de desarrollo del derecho mercantil del Departamento de Comercio de los Estados Unidos (Muscat (Omán), 10 de mayo de 2005);

f) Reunión para discutir el término de la preparación de la metodología sobre la insolvencia y los derechos de los acreedores de la serie de Informes sobre la observancia de los códigos y normas del Banco Mundial (Washington (Estados Unidos de América), 31 de mayo a 2 de junio de 2005);

g) Octava conferencia bienal de la Federación Internacional de Instituciones de Arbitraje Comercial sobre las tendencias del régimen internacional de las garantías reales (Washington (Estados Unidos de América), 3 y 4 de junio de 2005);

h) Curso práctico de la OMC sobre la adhesión al Acuerdo sobre Contratación Pública (Ginebra (Suiza), 5 a 8 de junio de 2005);

i) Ponencia sobre el arbitraje y el comercio electrónico, organizada por el Organismo Alemán de Cooperación Técnica (Belgrado (Serbia y Montenegro), 15 de junio de 2005);

j) Conferencia regional africana y árabe sobre la seguridad de las transacciones electrónicas: firma digital e infraestructura de clave pública (Túnez (Túnez), 19 a 23 de junio de 2005);

k) Conferencia acerca del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, academia internacional de verano 2005 (Internationaler Verband der Tarifeure) (Sopron, (Hungría), 23 y 24 de junio de 2005);

l) Sexagésimo aniversario de la Gran Victoria, las Naciones Unidas y el derecho internacional (Moscú (Federación de Rusia), 26 a 29 de junio de 2005);

m) Asamblea de los Estados Miembros de la Organización Internacional de Derecho para el Desarrollo (Roma (Italia), 28 de junio de 2005);

n) Grupo de trabajo encargado de preparar un nuevo régimen del arbitraje y la mediación (Ljubljana (Eslovenia), 31 de agosto a 2 de septiembre de 2005);

o) Séptimo foro del Centro de las Naciones Unidas para la Facilitación del Comercio y el Comercio Electrónico (Lyon (Francia), 24 a 29 de septiembre de 2005);

p) Ponencias acerca de la contratación pública y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, conferencia regional de la Asociación Internacional de Abogados de 2005 (Praga (República Checa), 26 de septiembre a 2 de octubre de 2005);

q) Reunión anual del grupo de la Asociación de abogados de Eslovenia encargado de estudiar cuestiones legislativas de la conciliación, la mediación y el arbitraje (Portoroz (Eslovenia), 14 a 16 de octubre de 2005);

r) Nonagésimo noveno período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre transporte por carretera de la CEPE (Ginebra (Suiza), 16 a 18 de octubre de 2005);

s) Ponencia acerca de la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia de la CNUDMI para el New York Bar Association Continuing Legal Education Program, titulada "International Insolvency: What you need to know about representing multi-national companies" (Nueva York (Estados Unidos de América), 28 de octubre de 2005);

t) Reunión entre la CNUDMI, el UNIDROIT, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, el FMI y el Banco Mundial sobre la posible coordinación de la asistencia técnica (Washington (Estados Unidos de América), 1 a 2 de noviembre de 2005);

u) Seminario sobre las garantías reales, Escuela de Derecho de la Universidad de Tokio; sesión de información para el Ministerio de Justicia acerca de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías; seminario sobre las garantías reales para el Banco del Japón (Tokio (Japón), 1 a 2 de noviembre de 2005);

v) Exposición de un grupo acerca de la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia de la CNUDMI para la 79ª reunión anual de la National Conference of Bankruptcy Judges (San Antonio (Estados Unidos de América), 3 a 4 de noviembre de 2005);

w) Conferencia para celebrar el 25º aniversario de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Universidad de Pittsburgh (Pittsburgh (Estados Unidos de América), 4 a 5 de noviembre de 2005);

x) Seminario avanzado de la UNCTAD sobre el enfoque de las diferencias relativas a inversiones, (Washington (Estados Unidos de América), 3 a 11 de noviembre de 2005);

y) Conferencia titulada "Paris, Place de Droit" sobre la convergencia de los ordenamientos jurídicos (París (Francia), 15 a 17 de noviembre de 2005);

z) Ponencia acerca de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, actividad paralela a la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información (Túnez (Túnez), 16 a 18 de noviembre de 2005);

aa) Seminario de la Asociación de arbitraje de Finlandia (Helsinki (Finlandia), 25 de noviembre de 2005);

bb) Conferencia acerca de la elaboración de legislación sobre el arbitraje comercial internacional, organizada por el Comité de asuntos internacionales y relaciones interparlamentarias de la Cámara Legislativa del Parlamento, el Gabinete de Ministros y la Cámara de Comercio e Industria de Uzbekistán y la Universidad de la Economía y la Diplomacia Mundiales, en cooperación con el PNUD (Tashkent (Uzbekistán), 4 a 7 de diciembre de 2005);

cc) Simposio organizado por el CIDIS, LA OCDE y la UNCTAD sobre el arbitraje para la protección de inversiones (París (Francia), 11 a 13 de diciembre de 2005);

dd) Reunión de coordinación con el UNIDROIT y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (La Haya (Países Bajos), 14 de diciembre de 2005);

ee) Conferencia sobre la labor de la CNUDMI en la esfera del comercio electrónico, Organización Internacional de Derecho para el Desarrollo (Roma (Italia), 16 a 19 de diciembre de 2005);

ff) Seminario sobre los documentos de transporte, los derechos de acción o procesales y el plazo para presentar una demanda, en relación con la preparación de un proyecto de convención sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías organizado por la delegación de Italia en el Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) de la CNUDMI (Londres (Reino Unido), 23 a 24 de enero de 2006);

gg) Segundo período de sesiones del comité asesor del UNIDROIT acerca de la preparación de una ley modelo sobre el arriendo (Roma (Italia), 5 a 8 de febrero de 2005);

hh) Mesa Redonda acerca del proyecto de legislación sobre la mediación, auspiciada por la Corporación Financiera Internacional y el Ministerio de Justicia (Skopje (ex República Yugoslavia de Macedonia), 10 de febrero de 2006);

ii) Coloquio organizado por el *Journal de Droit International* sobre las medidas cautelares en el arbitraje (París (Francia), 12 a 14 de febrero de 2005);

jj) Consultas celebradas a petición de la CEPE de las Naciones Unidas sobre un proyecto de protocolo del Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera sobre el intercambio electrónico de datos (Bruselas (Bélgica), 27 de febrero a 2 de marzo de 2006);

kk) Conferencias sobre el comercio electrónico para la Universidad de Bolonia (Bolonia (Italia), 27 de febrero a 3 de marzo de 2006);

ll) Conferencia de la Academia de Derecho Europeo sobre la seguridad transfronteriza del crédito (Tréveris (Alemania), 9 y 10 de marzo de 2006);

mm) Conferencia sobre estrategias judiciales para la aplicación de las leyes sobre firmas electrónicas de Egipto, organizada por el Programa del Desarrollo de derecho mercantil del Departamento de Comercio de los Estados Unidos (El Cairo (Egipto), 8 y 9 de marzo de 2006).

11. La utilización y adopción de los textos de la CNUDMI se ha promovido también mediante contactos con las Misiones Permanentes ante las Naciones Unidas en Viena, Ginebra y Nueva York, así como por medio de conversaciones directas con los funcionarios pertinentes en algunos Estados. En particular, la Secretaría se ha ocupado de promover intensamente la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

12. Además, los miembros de la secretaría de la CNUDMI han dirigido, entre otras, diversas actividades en Viena o participado en ellas:

a) Ponencia sobre las actividades de la CNUMDI para la Suomalainen Lakimiesyhdistys (Sociedad de derecho de Finlandia) (8 de abril de 2005);

b) Ponencia sobre las actividades de la CNUDMI para los estudiantes de la Escuela de Derecho Dickinson de la Universidad del Estado de Pennsylvania (Estados Unidos) (18 de julio de 2005);

c) Ponencia sobre las actividades de la CNUDMI para jueces del Instituto nacional de investigaciones y capacitación judiciales de Corea (25 de julio de 2005);

d) Participación en un seminario sobre la reglamentación del sector privado y algunas operaciones financieras, organizado por el Departamento Jurídico del FMI y el Instituto del FMI (22 de marzo de 2006).

13. La secretaría de la CNUDMI ha prestado asistencia desde Viena para la redacción de leyes y asesoramiento de otro tipo en muchos casos, entre ellos los siguientes:

a) China: asesoramiento con un proyecto de ley sobre proyectos de infraestructura con financiación privada, para la Municipalidad de Beijing;

b) Eslovenia: asesoramiento relativo a la legislación sobre arbitraje y conciliación;

c) Georgia: asesoramiento sobre un proyecto de ley de arbitraje, basado en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional;

d) Grecia: asesoramiento con un proyecto de ley sobre la insolvencia transfronteriza basado en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza;

e) Macedonia: asesoramiento acerca de un proyecto de ley sobre conciliación, basado en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional;

f) Malasia: asesoramiento sobre un proyecto de ley de arbitraje, basado en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional;

g) Perú: asesoramiento en la revisión de la ley de arbitraje;

h) Rwanda: asistencia al Instituto de Derecho Internacional en la redacción de legislación comercial para Rwanda (a contar de marzo de 2006);

i) Serbia: asistencia en la redacción de una ley sobre mediación (a contar de 2004 y en curso a la fecha);

j) Comisión Económica para Europa: asesoramiento sobre el Convenio TIR;

k) Comisión Europea: observaciones técnicas acerca de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional, en el contexto del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I);

l) Organización de Telecomunicaciones del Commonwealth: asistencia para la redacción de normas sobre arbitraje y conciliación para un centro de solución de controversias (a contar de diciembre de 2004).

14. Tras el último período de sesiones, se organizaron varias otras actividades relativas al 25º aniversario de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y el 20º aniversario de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, por ejemplo en Egipto, Singapur y Pittsburgh (Estados Unidos de América), como se señaló en los párrafos 8 y 10 *supra*. Las actas del encuentro celebrado en Viena (Austria) en marzo de 2005 se publicaron como número especial del *Journal of Law and Commerce*.

B. Medios para la asistencia técnica

15. Existen diversas publicaciones y documentos preparados por la CNUDMI que constituyen instrumentos fundamentales para sus actividades de asistencia técnica, en particular para la difusión de información sobre su labor y sus textos. Estos medios se han ido fortaleciendo a fin de continuar mejorándola y asegurar que se mantenga actualizada.

a) Sentencias y laudos sobre textos de la CNUDMI (CLOUT)

16. Tal vez la Comisión desee tomar nota de que prosigue la labor relativa al sistema establecido de conformidad con una decisión adoptada por la Comisión en 1988, para recopilar y difundir jurisprudencia sobre textos de la CNUDMI (CLOUT). El sistema consiste en preparar extractos de fallos judiciales y laudos arbitrales relacionados con textos de la Comisión, recopilar el texto íntegro de esos fallos y laudos y preparar medios auxiliares para la investigación e instrumentos analíticos. A la fecha de la presente nota se habían preparado para su publicación 54 números de la serie CLOUT, en que se reseñaban 604 casos relativos principalmente a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.

17. Tal vez la Comisión también desee tomar nota de que se está preparando un motor de búsqueda actualizado de la CLOUT, para facilitar la consulta de la jurisprudencia publicada en el sitio web de la CNUDMI.

18. La CLOUT sigue siendo un instrumento importante en las actividades de capacitación y asistencia técnica en general que realiza la CNUDMI, por lo que la distribución amplia de sus textos en formatos impreso y electrónico y en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas promueve la interpretación y aplicación uniformes de los textos de la CNUDMI al facilitar el acceso a los fallos y laudos de muchas jurisdicciones. Varios centros de arbitraje de todo el mundo han manifestado su disposición a cooperar con la Secretaría para publicar laudos inspirados en textos de la CNUDMI tanto en la serie CLOUT como en los Compendios.

19. Se está revisando el Compendio de la CNUDMI sobre jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, publicado en diciembre de 2004, a fin de aumentar la uniformidad de su enfoque y su estilo. Se esta terminando la primera versión del compendio sobre jurisprudencia relativa a la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, que se publicará pronto.

b) Sitio web

20. En junio de 2005, la Secretaría inauguró un sitio web renovado. Puede consultarse en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas y contiene todos los documentos de la CNUDMI que se encuentran actualmente en el Sistema de Archivo de Documentos de las Naciones Unidas (SAD), así como otra información relativa a la labor de la Comisión.

21. El número de visitantes al sitio web de la CNUDMI se ha triplicado desde que se inauguró su nueva versión. Alrededor de la mitad de ellos consultan las páginas en inglés, la cuarta parte las páginas en español y francés y el resto, las páginas en árabe, chino y ruso.

22. Continuamente se incorporan al sitio nuevos instrumentos. Entre las futuras adiciones previstas figuran páginas destinadas expresamente a la asistencia técnica y componentes dinámicos como un motor de búsqueda para los casos de la CLOUT (véase el párrafo 16).

23. Además, con asistencia de la Biblioteca Dag Hammarskjöld de Nueva York y la Biblioteca de las Naciones Unidas en Ginebra, la Secretaría emprendió una iniciativa importante, cuyo objetivo es digitalizar todos los documentos oficiales de la CNUDMI publicados después de crearse la Comisión. Los documentos digitalizados se incorporarán al SAD y habrá enlaces con ellos en el sitio web de la CNUDMI.

c) Biblioteca

24. La Biblioteca Jurídica de la CNUDMI se creó en 1979 en Viena. Desde entonces, ha prestado servicios no solo a los delegados de la Comisión y el personal de la Secretaría, sino también al de las misiones permanentes con sede en Viena y el de otras organizaciones internacionales con sede en esta ciudad. Además, ha prestado asistencia en materia de investigación a estudiosos y estudiantes de muchos países.

25. La colección de la Biblioteca Jurídica de la CNUDMI se centra principalmente en el derecho mercantil internacional y consta de más de 10.000 monografías; 150 títulos de revistas en circulación; documentación de referencia de carácter jurídico y general, que comprende documentos de las Naciones Unidas no publicados por la CNUDMI y de otras organizaciones internacionales; y medios electrónicos (para su utilización interna únicamente). Recientemente se ha prestado atención especial al enriquecimiento de las colecciones en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas.

26. La Biblioteca Jurídica de la CNUDMI mantiene un catálogo informático de acceso público (*On-line public access (OPAC)*) conjuntamente con otras bibliotecas de las Naciones Unidas en Viena, y cuenta con el apoyo técnico de la Biblioteca de las Naciones Unidas en Ginebra. El OPAC puede consultarse a través de la página relativa a la biblioteca del sitio web de la CNUDMI.

d) Publicaciones

27. Además de los documentos oficiales, la CNUDMI mantiene tradicionalmente dos series de publicaciones, que comprenden el texto de todos los instrumentos preparados por la Comisión y el Anuario de la CNUDMI.

28. La Secretaría creó una nueva identidad visual (véase la Guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia y el *Anuario de la CNUDMI 2002*), que se utilizará en las publicaciones tanto impresas como electrónicas, pero haciendo cada vez más hincapié en las últimas. En 2006 se publicará un nuevo libro que presentará información básica sobre la Comisión e incluirá un CD-ROM con todos los textos de la CNUDMI.

e) Anuario de la CNUDMI

29. De conformidad con la resolución 2421 (XXIII) de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 1968, la CNUDMI publica desde su creación un Anuario cuyo objetivo es hacer más asequible su labor. El Anuario de la CNUDMI se edita actualmente en cuatro idiomas (español, francés, inglés y ruso) en formato impreso y en CD-ROM, y en él figuran todos los documentos de trabajo y de otro tipo de la Comisión que se hayan publicado en un año determinado, así como las actas resumidas de las partes del período de sesiones anual de la Comisión dedicadas al examen y la ultimación o aprobación de un texto legislativo.

30. En años recientes, el aumento sostenido del volumen de trabajo de la CNUDMI ha significado un aumento correspondiente del tamaño del Anuario, por lo que se han producido demoras en su publicación. La última edición fue la versión inglesa del *Anuario 2002* (en formato impreso y en CD-ROM), que tenía aproximadamente 700 páginas. El aumento de tamaño del *Anuario* también ha significado mayores costos, en particular en el caso de la versión impresa.

31. Tal vez la Comisión desee tomar nota de que para reducir los costos de la publicación del *Anuario* y realizarla con más puntualidad, la Secretaría adoptará el enfoque que se señala a continuación. Tal vez la Comisión desee formular observaciones sobre estas cuestiones.

i) Simplificar los procedimientos para compaginar y editar los documentos. Conforme al método actual, se deben compaginar y editar todos ellos para que, por ejemplo, las notas de pie de página sean consecutivas en todo el *Anuario* y haya coherencia entre las referencias correspondientes a los distintos documentos. Esto podría simplificarse haciendo que el *Anuario* adquiriera más la forma de una recopilación de documentos en la forma en que se publicaron originalmente (por ejemplo, como documento de trabajo o documento de la Comisión), lo que reportaría economías en materia de edición, traducción suplementaria y composición. Además, este sistema podría facilitar que el *Anuario* se publicara también en árabe y en chino;

ii) Alentar la distribución del *Anuario*, incluso a las bibliotecas depositarias, únicamente en CD-ROM. Sería técnicamente viable producir un solo CD-ROM que contuviera las versiones en todos los idiomas.

f) Información

32. A fin de aumentar el acceso a información actualizada sobre la situación de los textos de la CNUDMI y su elaboración, se ha intentado asegurar que se publiquen comunicados de prensa cuando se adoptan medidas relativas a tratados o se recibe información sobre la aprobación de una ley modelo. Estos comunicados se transmiten a los interesados por correo electrónico y se publican en el sitio web de la Comisión, así como en el del Servicio de Información de las Naciones Unidas (SINUS) en Viena.

33. Actualmente la secretaría recibe alrededor de 1.500 consultas generales al año, que se refieren a aspectos técnicos de los textos de la CNUDMI y la forma de consultarlos, así como a los documentos de trabajo y documentos de la Comisión y cuestiones conexas. Se responde cada vez más a estas consultas remitiéndolas al sitio web de la CNUMDI.

IV. Financiación extrapresupuestaria

a) Fondo Fiduciario para los simposios de la CNUDMI

34. En el período que se examina, se recibieron contribuciones de México y Singapur, Estados a los que la Comisión tal vez desee expresar su gratitud.

35. La capacidad de la Secretaría de ejecutar el componente de asistencia técnica del programa de trabajo de la CNUDMI depende de la existencia de fondos extrapresupuestarios, porque los gastos en concepto de actividades de asistencia técnica no se sufragan con cargo al presupuesto ordinario.

36. Con el Fondo Fiduciario para los simposios de la CNUDMI se apoyan actividades de asistencia técnica destinadas a los miembros de las colectividades jurídicas de los países en desarrollo; la participación de funcionarios de la Comisión, en calidad de oradores, en conferencias en que se presenten textos de la CNUDMI para su examen y posible adopción; y misiones de verificación orientadas a evaluar reformas de la legislación, en las que se examina la legislación interna en vigor y se determinan las necesidades de los países en lo tocante a la modificación de la relativa al ámbito mercantil.

37. Tal vez la Comisión desee volver a formular un llamamiento a todos los Estados, organismos y órganos pertinentes de las Naciones Unidas, organizaciones internacionales y otras entidades interesadas a que hagan contribuciones al Fondo Fiduciario, de ser posible en forma de contribuciones plurianuales, a fin de facilitar la planificación y de que la Secretaría pueda satisfacer el número cada vez mayor de solicitudes de los países en desarrollo y los Estados con economías en transición.

b) Fondo Fiduciario destinado a conceder asistencia para gastos de viaje a los países en desarrollo que son miembros de la CNUDMI

38. La Comisión recordará que, de conformidad con la resolución 48/32 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1993, se pidió al Secretario General que estableciera un Fondo Fiduciario destinado a conceder asistencia para gastos de viaje a los países en desarrollo que son miembros de la CNUDMI. El Fondo Fiduciario establecido de este modo puede recibir contribuciones financieras voluntarias de Estados, organizaciones intergubernamentales, organizaciones de integración económica regional, instituciones nacionales y organizaciones no gubernamentales, así como de personas naturales y jurídicas. En el período objeto de estudio no se recibió ninguna contribución.

39. Para asegurar la plena participación de todos los Estados Miembros en los períodos de sesiones de la CNUDMI y sus grupos de trabajo, la Comisión podría reiterar su llamamiento a los órganos pertinentes del sistema de las Naciones Unidas, a organizaciones, instituciones y personas para que hagan contribuciones voluntarias al Fondo Fiduciario destinado a prestar asistencia para gastos de viaje a los países en desarrollo que la integran.

40. Se recordará que, en su resolución 51/161, de 16 de diciembre de 1996, la Asamblea General decidió incluir los Fondos Fiduciarios para los simposios, y para la asistencia correspondiente a gastos de viaje de la CNUDMI en la lista de fondos y programas que se examinan en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre promesas de contribuciones para las actividades de desarrollo.

V. Actividades futuras

41. Tras la publicación del último informe sobre las actividades de asistencia técnica (A/CN.9/586, de 1 de abril de 2005), la secretaría se ha centrado entre otras cosas, en la preparación de un programa de trabajo que se ajuste a la ampliación de sus funciones de asistencia técnica.

42. En este contexto, en abril la secretaría celebrará en Viena una reunión con las Misiones Permanentes para informar a los Estados miembros sobre los objetivos y la planificación de la asistencia técnica, y para estrechar los vínculos con ellas a fin de determinar con rapidez las necesidades futuras de asistencia jurídica en distintas regiones del mundo. Además, la Secretaría estudia la posibilidad de fortalecer las asociaciones con otros organismos de las Naciones Unidas y organizaciones internacionales, a fin de continuar mejorando sus actividades de creación de capacidad.

43. Por último, la Secretaría estudia la posibilidad de preparar un programa de creación de capacidad sobre determinados instrumentos de la CNUDMI centrado en los países en desarrollo y los países en transición, a fin de aumentar las capacidades nacionales para comprender y aplicar los textos de la Comisión.

VIII. SITUACIÓN Y PROMOCIÓN DE LOS TEXTOS JURÍDICOS DE LA CNUDMI

Situación actual de las convenciones y leyes modelo (A/CN.9/601) [Original: inglés]

Documento no reproducido. La lista actualizada puede solicitarse a la secretaría de la CNUDMI o puede ser consultada en la página de presentación de la Comisión en Internet *www.uncitral.org*.

IX. COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN

Nota de la Secretaría sobre actividades que actualmente llevan a cabo las organizaciones internacionales para armonizar y unificar el derecho mercantil internacional

(A/CN.9/598 y Add.1 y Add.2) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1-4
II.	Armonización y unificación del derecho mercantil internacional	5-63
A.	Contratos comerciales internacionales	5-6
B.	Transporte internacional de mercancías	7-14
C.	Comercio electrónico y nuevas tecnologías	15-34
D.	Arbitraje y conciliación comerciales	35-39
E.	Pagos internacionales	40-41
F.	Legislación en materia de competencia	42-43
G.	Facilitación de comercio	44-46
H.	Insolvencia	47-59
I.	Gestión de empresas	60-63

I. Introducción

1. En la resolución 34/142, de 17 de diciembre de 1979, la Asamblea General pidió al Secretario General que presentara a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional un informe sobre las actividades jurídicas que llevaban a cabo las organizaciones internacionales en materia de derecho mercantil internacional, juntamente con recomendaciones sobre las medidas que debería adoptar la Comisión para cumplir su mandato de coordinación de las actividades de otras organizaciones en esta materia.

2. En la resolución 36/32, de 13 de noviembre de 1981, la Asamblea General hizo suyas diversas sugerencias de la Comisión para que siguiera desempeñando su función de coordinación en materia de derecho mercantil internacional[1]. Entre esas sugerencias figuraban la presentación, además de un informe general sobre las actividades de las organizaciones internacionales, de informes sobre determinados campos de actividad relativos a tareas ya en curso y campos en que aún no se hubiera emprendido una labor de unificación pero que resultarían apropiados para ello[2]. Se han preparado dos informes de esta naturaleza para que los examine la Comisión en su 39º período de sesiones de 2006; esos informes se refieren a la contratación pública y a las garantías reales y figuran, respectivamente, en los documentos A/CN.9/598/Add.1 y A/CN.9/598/Add.2. En consecuencia estos dos temas no se han abordado en la presente nota.

3. El presente informe general, preparado a raíz de la resolución 34/142, es el segundo de una serie de informes en que la Secretaría propone actualizar y revisar anualmente para la información de la Comisión. Se centra en actividades de organizaciones internacionales que han sido emprendidas desde que se preparó el primer informe (A/CN.9/584, mayo de 2005), así como documentos conexos relacionados con el comercio electrónico (A/CN.9/579) y la insolvencia (A/CN.9/580/Add.1), y se basa en el material de acceso general para el público y en las consultas mantenidas con las organizaciones enumeradas. En el presente documento no se repite la información que ya quedó consignada en los anteriores documentos, a menos que sea necesario para facilitar la comprensión de una determinada cuestión.

4. En el presente informe se describe la labor de las siguientes organizaciones:

a) Órganos y organismos especializados de las Naciones Unidas.

UIT	Unión Internacional de Telecomunicaciones
CEPE	Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas
CESPAP	Comisión Económica y Social para Asia y el Pacífico de las Naciones Unidas

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/36/17), párrs. 93 a 101.

[2] *Ibid.*, párr. 100.

UNCTAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual

b) Otras organizaciones intergubernamentales

BAD	Banco Asiático de Desarrollo
APEC	Cooperación Económica en Asia y el Pacífico Secretaría del Commonwealth
BERF	Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo
CE	Comisión Europea
Conferencia de La Haya	Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado
OTIF	Organización Intergubernamental para el Transporte Internacional por Ferrocarril
OCDE	Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos
UNIDROIT	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado
Banco Mundial	Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento
OMA	Organización Mundial de Aduanas

c) Organizaciones internacionales no gubernamentales

CTO	Commonwealth Telecommunications Organization
INSOL	Federación Internacional de Profesionales en materia de Reestructuración, Insolvencia y Quiebra
IBA	Asociación Internacional de Abogados
CCI	Cámara de Comercio Internacional
III	International Insolvency Institute

II. Armonización y unificación del derecho mercantil internacional

A. Contratos comerciales internacionales

Conferencia de La Haya

5. El 20º período de sesiones diplomático de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, celebrado del 14 al 30 de junio de 2005 en La Haya, adoptó por unanimidad una Convención sobre acuerdos de elección de la jurisdicción para casos internacionales entre empresas. Se espera que este instrumento complemente a la Convención de las Naciones Unidas de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (en adelante "la Convención de Nueva York"). La Convención sobre la Elección de Jurisdicción regula la obligación que tiene un tribunal elegido de conocer de un caso, la obligación de un tribunal no elegido en el acuerdo original de suspender o de desestimar el caso, y la obligación de ejecutar la sentencia dictada por el tribunal elegido. Disposiciones específicas aclaran cuestiones de propiedad intelectual y de seguros, así como la regulación del otorgamiento de daños y perjuicios y la relación

con otros instrumentos. Actualmente se está preparando un informe explicativo sobre la Convención. Se están manteniendo consultas oficiosas para la firma y la ratificación.

UNIDROIT

6. Conforme a la recomendación del Consejo Rector del UNIDROIT, los Principios de los Contratos Comerciales Internacionales se han incluido como proyecto permanente del programa de trabajo del Instituto[3]. A raíz de la adopción de la cuarta edición de estos Principios (mayo de 2004), el Consejo Rector, en su 84º período de sesiones (18 a 20 de abril de 2005), aprobó preliminarmente para la futura edición los siguientes temas: la cancelación de los contratos fallidos, la ilegalidad, la pluralidad de acreedores y deudores, las condiciones y gravámenes y las garantías. Está previsto que un nuevo grupo de trabajo celebre su primer período de sesiones del 29 de mayo al 2 de junio de 2006 para estudiar la inclusión de esos temas en el programa.

B. Transporte internacional de mercancías

1. Transporte marítimo

OCDE

7. En septiembre de 2002, el Consejo de la OCDE convino en que se emprendieran negociaciones sobre un nuevo acuerdo para la construcción de buques en el que se examinaran y regularan los factores que desvirtuaban las condiciones competitivas normales en la industria de construcción de buques. En particular, el acuerdo iba a regular las medidas de apoyo gubernamental, especialmente los subsidios, el establecimiento de precios y otras prácticas conexas. El plazo para la finalización de las negociaciones era a fines de 2005[4].

8. Si bien se habían realizado progresos sustanciales en la determinación de elementos clave del proyecto de acuerdo, subsistían algunas dificultades serias y en septiembre de 2005, el Grupo Especial de Negociación, establecido con el fin de hacer progresar las negociaciones multilaterales, convino en que se "suspendieran" esas negociaciones a fin de dar tiempo a las partes para reflexionar sobre sus posiciones, mantener consultas y observar la evolución del mercado, y posiblemente reanudar las negociaciones cuando las condiciones para su éxito fueran más propicias.

---

[3] Para más información véase el sitio www.unidroit.org/english/workprogramme/study050/main.htm.

[4] En 2002 la OCDE estableció un Grupo Especial de Negociación encargado de elaborar un nuevo acuerdo sobre la construcción de buques, con apoyo de todos los miembros de la OCDE y de las economías mundiales más destacadas en este ramo no pertenecientes a la OCDE. Fuente: informe anual de la OCDE correspondiente a 2004, disponible en el sitio: www.oecd.org/dataoecd/28/49/31621929.pdf.

UNCTAD

9. La UNCTAD ha seguido participando en los períodos de sesiones del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte), presentando observaciones en las que hacía análisis técnicos de las cuestiones examinadas y poniendo de relieve las repercusiones para los países en desarrollo con respecto a la elaboración de un nuevo convenio internacional que va a regir el transporte marítimo de mercancías, así como el transporte multimodal que incluya un tramo marítimo.

2. Transporte por carretera

Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas

10. La CEPE está preparando un Protocolo sobre el Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera[5] (Ginebra, 19 de mayo de 1956) (CMR) (preparado por UNIDROIT), con miras a introducir las notas de expedición electrónica. El proyecto de protocolo ha sido preparado por UNIDROIT. En su 99º período de sesiones celebrado en octubre de 2005, el Grupo de Trabajo sobre el Transporte por Carretera (SC.1) decidió establecer un comité de redacción para finalizar el enunciado del texto del Protocolo adicional. Se ha pedido al comité de redacción, del que forma parte tanto el UNIDROIT como la CNUDMI, que preparara un nuevo proyecto para que se adoptara en el 100º período de sesiones del Grupo, en octubre de 2006, teniendo en cuenta las observaciones escritas y verbales presentadas por los miembros del Grupo y sin modificar lo esencial de la propuesta del UNIDROIT.

OTIF

11. La OTIF está tratando de ampliar el ámbito de aplicación del Convenio sobre el Transporte Internacional por Ferrocarril (9 de mayo de 1980)[6] y de armonizarlo con otros instrumentos de transporte a fin de hacer posible, a largo plazo, un transporte integral por ferrocarril bajo un único régimen jurídico desde el Atlántico hasta el Pacífico. El nuevo COTIF, modificado por el protocolo de Vilnius (adoptado el 3 de junio de 1999 con una entrada en vigor prevista para el 1 de junio de 2006), permitirá el transporte directo bajo un único régimen jurídico (las Reglas Uniformes relativas al Contrato del Transporte Internacional de Mercancías por Ferrocarril - CIM) siempre y cuando al menos: a) el lugar donde se tome posesión de las mercancías, o b) el lugar designado para la entrega, esté situado en un Estado miembro de la OTIF y siempre y cuando las partes en el contrato de transporte así lo hayan convenido, por ejemplo, utilizando la nota de expedición del CIM. La OTIF asumirá nuevas tareas en cuanto entre en vigor el Protocolo de Vilnius de 1999.

---

[5] Entrada en vigor el 2 de julio de 1961, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 399, pág. 189. Fuente: www.untreaty.org.

[6] Entró en vigor el 1 de mayo de 1985.

3. Transporte por aguas interiores

CEPE

12. El Convenio de Budapest relativo al contrato de Transporte de mercancías por vías de navegación interior (Convenio CMNI)[7], adoptado en la Conferencia Diplomática organizada conjuntamente por la Comisión Central sobre la Navegación en el Rin (CCNR), la Comisión del Danubio y la CEPE (Budapest, 25 de septiembre a 3 de octubre de 2000), entró en vigor el 1 de abril de 2005. Actualmente cuenta con seis partes contratantes: Croacia, Hungría, Luxemburgo, la República Checa, Rumania y Suiza. El Convenio CMNI rige la responsabilidad contractual de las partes en el contrato para el transporte de mercancías por vías de navegación interior y prevé la limitación de la responsabilidad del porteador.

4. Transporte aéreo

UNCTAD

13. El transporte aéreo de mercancías se está convirtiendo en un campo de creciente importancia económica para los países en desarrollo. La responsabilidad dimanante del transporte de mercancías por vía aérea se rige por varios convenios internacionales, como el Convenio de Varsovia de 1929[8], el Convenio de Varsovia enmendado por varios Protocolos[9], y complementado por el Convenio de Guadalajara de 1961[10] (conocido colectivamente como el "Sistema de convenios de Varsovia") y el Convenio de Montreal de 1999[11]. Debido a la coexistencia a nivel internacional de distintos regímenes uniformes de la responsabilidad, el marco jurídico internacional que rige el transporte aéreo de mercancías es particularmente complejo. En este contexto, la UNCTAD está preparando una guía sobre aspectos del derecho aéreo encaminado a ayudar a los países en desarrollo a comprender el complejo marco internacional de convenios de derecho aéreo, inclusive con respecto a la aplicación uniforme y eficaz de convenios a nivel nacional. Se está preparando la guía para su próxima publicación y en su momento podrá consultarse electrónicamente en el sitio de Internet www.unctad.org/ttl/legal.

---

[7] Budapest, 22 de junio de 2001. Entró en vigor el 1 de abril de 2005.

[8] Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional, Varsovia, 12 de octubre de 1929, entrada en vigor: 13 de febrero de 1933. Disponible en el sitio www.icao.int/icao/en/leb/wc-hp.pdf.

[9] Los protocolos vienen enumerados y enunciados en el sitio www.icao.int/eshop/conventions_list.htm#Conventions.

[10] Convenio complementario del Convenio de Varsovia para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional llevado a cabo por una persona que no sea el porteador contratante, Guadalajara, 18 de septiembre de 1961; entrada en vigor: 1 de mayo de 1964. Disponible en el sitio www.icao.int/icao/en/leb/guadalajara.pdf.

[11] Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, Montreal, 28 de mayo de 1999, entrada en vigor: 4 de mayo de 2003. Disponible en www.icao.int/icao/en/leb/mtl99.pdf.

5. Transporte multimodal

CEPE

14. A raíz de la labor que lleva a cabo actualmente la CNUDMI en materia de derecho del transporte, el Grupo de Trabajo de la CEPE sobre Transporte Intermodal y Logística había aplazado su labor sobre la preparación de un régimen de la responsabilidad civil aplicable al transporte intermodal europeo que abarcara las modalidades de carretera, ferrocarril, aguas interiores y breves tramos marítimos. En febrero de 2005, el Comité de Transporte Interno de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas pidió al Grupo de Trabajo que siguiera supervisando estrechamente y evaluando todas las actividades pertinentes en este campo, particularmente las de la CNUDMI, y que preparara, en su caso, propuestas de soluciones a nivel paneuropeo. En su período de sesiones del 29 al 30 de marzo de 2006, el Grupo de Trabajo examinó un estudio encargado por la Comisión Europea y estudió la posibilidad de proseguir la labor sobre una solución paneuropea que estableciera reglas uniformes de la responsabilidad intermodal en que se concentraran el riesgo para una parte y se previera la responsabilidad del porteador contratante para todos los tipos de pérdidas con independencia del tramo del modo de transporte en que se produjera la pérdida[12]. Esa labor se llevaría a cabo en estrecha cooperación con organizaciones intergubernamentales como la Conferencia Europea de Ministros de Transportes (ECMT) y la UNCTAD, así como con los grupos industriales competentes.

C. Comercio electrónico y nuevas tecnologías

APEC (Cooperación económica en Asia y el Pacífico)

15. En 2004, el Grupo Directivo sobre Comercio Electrónico (ECSG) convino en proseguir sus actividades para combatir el *spam*. En 2005 realizó un estudio sobre el modo en que las distintas economías afrontaban el problema del *spam* y estudió la posible cooperación con el Grupo de Trabajo sobre telecomunicaciones e información de la APEC. En 2005 se presentó a la APEC un resumen preliminar del cuestionario realizado por esa entidad en relación con el *spam*[13].

16. En el marco de su objetivo de fomentar la confianza en el comercio electrónico, el Comité Directivo estudia formas para proteger mejor a los consumidores de las prácticas fraudulentas y engañosas cuando adquirieran bienes y servicios por vía informática. Se está trabajando para ayudar a las economías a poner en práctica las directrices voluntarias de la APEC de protección del consumidor en el contexto informático[14]. Esas directivas abarcan la cooperación internacional, la formación y divulgación, la dirección del sector privado,

---

[12] Véanse además los documentos ECE/TRANS/162, párr. 104, y TRANS/WP24/101, párrs. 24 a 28, disponible en www.unece.org/trans/main/sc3/sc3.html. El informe correspondiente al período de sesiones de marzo aún no se ha publicado.

[13] APEC Data Privacy Subgroup, resumen preliminar de las respuestas dadas por los Estados Miembros al cuestionario de la APEC sobre el *Spam* (documento núm. 5) en el sitio www.apec.org/content/apec/documents_reports/electronic_commerce_steering_group/2005.html#DP51.

[14] Puede verse una copia de esas directrices en el sitio www.apec.org/apec/documents_reports/electronic_commerce_steering_group/2004.html.

la publicidad y comercialización informáticas y la resolución de controversias con consumidores.

17. En 2005, el Comité Directivo declaró que proseguiría su labor sobre la confidencialidad de la información, el *spam*, el comercio sin soporte de papel, las iniciativas de economía digitales y que revisaría el formato del examen de las actividades de comercio electrónico, un inventario de fácil manejo para los usuarios sobre las actividades de comercio electrónico que actualmente se llevan a cabo en los foros de la APEC[15]. Del 20 al 21 de febrero de 2006, la APEC convocó un Simposio sobre la protección de la confidencialidad de la información en las comunicaciones gubernamentales y comerciales por vía electrónica[16], y el 22 de febrero de 2006, una reunión del Subgrupo sobre el comercio sin soporte de papel[17], junto con una reunión del Subgrupo sobre la confidencialidad de los datos[18], celebrada los días 22 y 23 de febrero de 2006 en Viet Nam. Del 18 al 21 de mayo de 2006, se celebrará en Qingdao (China) el segundo Foro de la APEC sobre alianzas comerciales en el comercio electrónico[19] con el fin de examinar cuestiones fundamentales del comercio electrónico y de acelerar el proceso global de desarrollo del comercio electrónico en la región de Asia y el Pacífico.

Secretaría del Commonwealth

18. El programa de acción del Commonwealth sobre la brecha digital (CAPDD) (adoptado en 2002) contiene el informe y las recomendaciones del Grupo de Expertos del Commonwealth sobre tecnología informática. Su finalidad de promover un mayor acceso a las tecnologías de la información y la comunicación para los países del Commonwealth a fin de superar el desfase digital. El enfoque renovado del CAPDD en 2005 se ha centrado en el fomento de la capacidad normativa y reglamentaria, en la modernización de la formación y capacitación, en la capacidad empresarial con miras a reducir la pobreza, la promoción del acceso local y conexión entre las redes regionales y en el contenido y los conocimientos locales. En 2005 se celebró una serie de cursos prácticos sobre el desfase digital[20].

19. Las actividades se han centrado también en la gestión electrónica con miras a una buena gestión general. Se impartió capacitación sobre la elaboración de estrategias de comercio gubernamental y empresarial electrónico para personal superior técnico de tecnologías de la información y la comunicación en el sector

---

[15] Una copia del examen está disponible en el sitio www.apec.org/apec/apec_groups/som_special_task_groups/electronic_commerce.html.

[16] www.apec.org/content/apec/documents_reports/electronic_commerce_steering_group/2006.html#SYM.

[17] www.apec.org/content/apec/documents_reports/electronic_commerce_steering_group/2006.html#PTS.

[18] www.apec.org/content/apec/documents_reports/electronic_commerce_steering_group/2006.html#DPM.

[19] www.apecsec.org.sg/apec/0506_E-CommerceForumExhibition.html.

[20] 18 de marzo de 2005, segunda reunión de coordinación del Programa de Acción del Commonwealth para la brecha digital, celebrada en el Reino Unido; 14 de junio de 2005, Consultation Workshop for Commonwealth Action Plan for Digital Divide (CAPDD), celebrado en Malta; el 11 de agosto de 2005, Commonwealth Action Plan for the Digital Divide "Reunión del Comité de Coordinación, celebrada en el Reino Unido; 5 de septiembre de 2005, Digital Divide Programme acogido por la CTO y celebrado en el Camerún.

público, a nivel legislativo, a fin de ayudar a los países a conceptualizar las estrategias de gestión electrónica y la adaptación y la adopción de las leyes modelo de la Secretaría sobre gestión electrónica. Del 27 de febrero al 3 de marzo de 2006, la Secretaría del Commonwealth convocó en Nicosia (Chipre) un Programa regional sobre la gestión electrónica para profesionales superiores del sector público[21].

20. La Secretaría del Commonwealth ha publicado libros sobre el comercio electrónico y entre sus publicaciones más recientes[22] figuran Trusted Services and Public Key Infrastructure (publicado en 2001), Law in Cyber Space (publicado en 2001), Electronic Governance and Electronic Democracy: Living and Working in the Wired World (publicado en 2001), Breaking the Digital Divide: Implications for Developing Countries (publicado en 2003), Electronic Connectivity for Workgroups: Working in the Wired World (publicado en 2005).

Comisión Europea

21. En un estudio realizado en octubre de 2003 por el Centro Interdisciplinario de Derecho y Tecnología de la Información a petición de la Comisión Europea se examinaron cuestiones jurídicas y prácticas en torno a la ejecución de la Directiva de la Unión Europea sobre las Firmas Electrónicas[23] y se llegó a la conclusión de que los Estados miembros de la UE ya habían más o menos incorporado a su legislación interna la Directiva de la Unión Europea sobre las Firmas Electrónicas, pero que en la UE la utilización de las firmas electrónicas quedaba limitada por el número de proveedores de servicios de certificación supervisados y acreditados que emitían certificados de calificación en la Unión Europea y que variaban de un país a otro. En un nuevo informe de 2006[24] se llegó a la conclusión de que la necesidad de reconocimiento jurídico de las firmas electrónicas se había satisfecho con la trasposición de la Directiva a la legislación de los Estados Miembros y se consideró que no había necesidad de revisar por el momento la Directiva. Sin embargo, dados los problemas que existían para reconocimiento mutuo de las firmas electrónicas y la interoperatividad a nivel general que han repercutido negativamente en la libre circulación de las firmas electrónicas, la Comisión organizará una serie de reuniones con los Estados miembros y con las partes interesadas pertinentes para examinar las siguientes cuestiones: diferencias en la transposición de la Directiva; aclaración de artículos concretos de la Directiva; aspectos técnicos y de normalización; y problemas de interoperatividad.

---

[21] En el curso práctico se examinó la teoría contemporánea de la gestión en un mundo digital, que se reflejaba en el pensamiento innovador de diversos países. También se analizó la aplicación de la gestión electrónica a determinadas jurisdicciones, así como los principios de gestión electrónica que regulan las necesidades de los gobiernos participantes.

[22] Para más información sobre las publicaciones, véase el sitio http://publications.thecommonwealth.org/publications/html/DynaLink/cat_id/50/subcat_id/50/category_details.asp.

[23] http://europa.eu.int/information_society/eeurope/2005/all_about/security/electronic_sig_report.pdf.

[24] Informe sobre el funcionamiento de la Directiva 1999/93/CE sobre un marco comunitario para las firmas electrónicas (2006) 120, final, 15 de marzo de 2006, disponible en el sitio: http://europa.eu.int/information_society/eeurope/i2010/docs/single_info_space/com_electronic_signatures_report_en.pdf.

Conferencia de La Haya

22. El Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 por el que se suprime el requisito de legalización de los documentos públicos extranjeros (el Convenio de la Apostilla) facilita la circulación de los documentos públicos dimanantes de un Estado parte en el Convenio y que necesitan presentarse en otro Estado parte. Esto se facilita con la sustitución de los trámites engorrosos y a menudo costosos de un proceso de plena legalización por la mera emisión de una apostilla. En la recomendación número 24 de la Comisión Especial de la Conferencia de La Haya relativa a la aplicación práctica del Convenio de la Apostilla se dispone que los Estados parte y la Oficina Permanente "procuren elaborar técnicas para la generación de apostillas electrónicas". Con este fin, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y la Unión Internacional del Notariado Latino organizaron el primer Foro Internacional sobre la Notarización y las Apostillas Electrónicas, que se celebró los días 30 y 31 de mayo de 2005 en Las Vegas. El Foro confirmó por unanimidad que ni el espíritu ni la letra del Convenio sobre la Apostilla constituyen un obstáculo para la utilización de tecnología moderna y que cabe mejorar la aplicación y el funcionamiento del Convenio mediante la utilización de esas tecnologías. En consecuencia, el Foro alentó el desarrollo y la aplicación de apostillas y registros electrónicos.

23. En 2006 se celebrará un segundo Foro. Además, la Conferencia de La Haya y la Asociación Nacional de Notarios de los Estados Unidos lanzarán el Programa piloto electrónico de apostillas (e-APP). La finalidad del Programa es intensificar los esfuerzos para la aplicación y promoción de un sistema eficaz, económico, seguro y sólido de apostillas electrónicas y registros electrónicos de apostillas.

UIT

24. La UIT, organismo especializado de las Naciones Unidas, desempeña la función rectora en la organización de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información (CMSI)[25]. La primera de las dos fases de la Cumbre se celebró en Ginebra del 10 al 12 de diciembre de 2003 y se llegó a un acuerdo sobre la Declaración de Principios[26] (donde se enunciaban los principios a partir de los cuales podía desarrollarse la sociedad mundial de la información) y sobre un Plan de Acción[27] (en el que se establecían líneas de acción concretas para promover los objetivos de desarrollo convenidos a nivel internacional, entre ellos, los que figuran en la Declaración del Milenio[28], promoviendo la utilización de productos, redes y

---

[25] La Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información (CMSI) tiene como objetivo primordial la promoción de una sociedad de la información inclusiva y equitativa. A raíz de una propuesta del Gobierno de Túnez, la Unión Internacional de Telecomunicaciones adoptó una resolución en su Conferencia de Plenipotenciarios celebrada en 1998 en Minneapolis por la que decidió celebrar una Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información e insertarla en el programa de las Naciones Unidas. La Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 56/183 concedió el papel directivo de la labor preparatoria a la UIT, en cooperación con otras organizaciones y otros socios interesados.

[26] www.itu.int/wsis/docs/geneva/official/dop.html.

[27] www.itu.int/wsis/docs/geneva/official/poa.html.

[28] Resolución 55/2, adoptada el 8 de septiembre de 2000. La declaración puede consultarse en el sitio: www.un.org/millennium/declaration/ares552e.htm.

servicios y aplicaciones basados en las tecnologías de la información y las comunicaciones y ayudando a los países a salvar la brecha digital). La segunda etapa de la CMSI tuvo lugar en Túnez del 16 al 18 de noviembre de 2005[29] y se centró en la aplicación del programa encaminado a establecer objetivos viables para el año 2015 y en la formación de consenso en relación con asuntos pendientes como el de la gestión de Internet[30].

25. Durante esta segunda etapa se resolvió que el *spam* constituía una amenaza para la plena utilización de Internet y del comercio electrónico. La UIT está llevando a cabo una serie de actividades para hacer frente al *spam* a corto y a largo plazo, con el fin de fomentar la cooperación internacional, de desarrollar marcos normativos armonizados y de promover el intercambio de información y de las mejores prácticas, así como para prestar apoyo a los países en desarrollo en la lucha contra el *spam*[31]. La UIT adoptó dos resoluciones[32] referentes al *spam* y también mantiene un sitio en Internet[33], lanzado en 2004, que contiene información sobre más de 40 países que han adoptado medidas contra el *spam*.

26. Se preparó un estudio para la Reunión temática de la CMSI sobre Seguridad en la Red, que tuvo lugar del 28 de junio al 1 de julio de 2005 y que llegó a la conclusión de que los poderes normativos no regulaban de forma sustancial el problema del *spam*. En el documento se recomendaba que se adoptaran normas jurídicas específicamente encaminadas a combatir el *spam* y que las legislaciones

---

[29] El informe de la fase de Túnez de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información (Túnez, Kram Palexpo, 16 a 18 de noviembre de 2005) está disponible en el sitio www.itu.int/wsis/docs2/tunis/off/9rev1.doc. Entre los temas de gestión de Internet que se estudiaron, la Cumbre subrayó la importancia y la necesidad de mantener una cooperación internacional entre los organismos encargados del cumplimiento de la ley al hacer frente a los delitos informáticos y de elaborar la legislación necesaria para investigar y perseguir la delincuencia cibernética. La Cumbre Mundial resolvió también ocuparse del problema del *spam*, instando a las partes interesadas a adoptar un enfoque amplio para combatir el *spam* (para más detalles sobre la lucha contra el *spam,* véase el párrafo 14) y a proteger la vida privada y la información personal, así como los datos en Internet. La Cumbre Mundial reafirmó que estaba decidida a convertir la brecha digital en una oportunidad digital y a asegurar un desarrollo armonioso y equitativo para todos. La Cumbre Mundial reconoce que la gestión de Internet incluye algo más que los nombres y direcciones de Internet, por ejemplo, las cuestiones de orden público, como por ejemplo los recursos críticos de Internet, la seguridad y la protección de Internet y los aspectos y problemas de desarrollo asociados a la utilización de Internet. Incluye también cuestiones sociales, económicas y técnicas, como la accesibilidad, la fiabilidad y la calidad del servicio.

[30] Los párrafos relativos a la gestión de Internet en la Declaración de Principios pueden encontrarse en el sitio: www.wgig.org/docs/Paragraphs_Internet_Governance.doc. Se ha establecido un Grupo de Trabajo sobre la Gestión de Internet (WGIG) con objeto de: formular una definición de trabajo de la gestión de Internet; determinar las cuestiones de orden público que son de interés para la gestión de Internet; y fomentar una comprensión común de los papeles respectivos y de las responsabilidades de los gobiernos, de las organizaciones internacionales existentes y de otros foros, así como del sector privado y la sociedad civil de los países en desarrollo y de los países desarrollados. Para más información sobre la Cumbre véase www.wgig.org/.

[31] Puede encontrarse información sobre las iniciativas de la UIT para hacer frente al *spam* en el sitio: www.itu.int/osg/spu/spam/intcoop.html.

[32] Asamblea Mundial de Normalización de las Telecomunicaciones, resolución 51 sobre la lucha contra el *spam* y resolución 52 relativa a la lucha contra el *spam* por medios técnicos.

[33] www.itu.int/osg/spu/spam/law.html.

existentes sobre protección de los datos y disposiciones contra el fraude se ajustaran a las reglamentaciones contra el *spam*[34].

OCDE

27. En noviembre de 2004, la OCDE lanzó un nuevo cuestionario encaminado a recopilar información sobre la utilización actual de métodos de autenticación en las operaciones transfronterizas entre países miembros de la OCDE. En la reunión del Grupo de Trabajo sobre la seguridad de la información y la protección de la vida privada, celebrada en mayo de 2005, se examinó un informe sintetizado[35] cuyos objetivos son: encontrar ejemplos de ofertas actuales y de aplicación efectiva de métodos de autenticación en las operaciones transfronterizas; determinar los obstáculos que existan o puedan existir para la utilización de la firma digital en operaciones transfronterizas desde el punto de vista del proveedor y del usuario; e investigar en qué medida los servicios de autenticación que se ofrecen atienden a las necesidades de los usuarios. En el "Informe sobre la utilización de la autenticación entre países[36]", publicado en noviembre de 2005, se observó una fuerte tendencia a la autenticación en el sector público y, en general, a enfoques no discriminatorios hacia las firmas y servicios extranjeros. También se comprobó que la infraestructura de clave pública se había convertido en el método preferido para la autenticación. No obstante, en el informe se dio cuenta también de continuos problemas para lograr la interoperatividad debido a la ausencia de reconocimiento de los servicios extranjeros de autenticación y a la falta de aceptación de las credenciales emitidas por otras entidades. En el informe se recomendó que se elaboraran directrices o que se enunciaran prácticas óptimas para facilitar la interoperatividad, así como la elaboración de un marco para determinar los requisitos de los métodos e iniciativas de autenticación para promover el uso de la autenticación.

28. El 8 de marzo de 2006, la OCDE celebró un curso práctico sobre el futuro de Internet[37]. Asistieron al curso práctico autoridades normativas, destacados académicos, representantes de organizaciones del sector privado y de la sociedad civil con el fin de examinar las tendencias que condicionarán el futuro de Internet, e investigaron los diversos enfoques (técnico, reglamentario y económico) que se están adoptando o que cabe adoptar para crear una nueva funcionalidad y una mayor confianza en Internet, promoviendo su crecimiento sostenido y su adopción y determinando oportunidades para intensificar la cooperación internacional en cuestiones de particular urgencia.

---

[34] A Comparative Analysis of Spam Laws: The Quest for a Model Law", Documento de antecedentes para la reunión temática sobre seguridad informática de la Cumbre Mundial de la UIT, disponible en el sitio: www.itu.int/osg/spu/cybersecurity/docs/Background_Paper_Comparative_Analysis_of_Spam_Laws.pdf.

[35] El informe fue presentado al Grupo de Trabajo de la OCDE sobre la seguridad de la información y la protección de la vida privada (WPISP) en su 19ª reunión de mayo de 2005, y la Comisión de Política de Información, Computadoras y Comunicaciones levantó su carácter confidencial en su 49º período de sesiones celebrado en octubre de 2005.

[36] www.oecd.org/dataoecd/1/CO/35809749.pdf.

[37] Para más información, véase el sitio: www.oecd.org/document/24/0,2340,en_2649_34223_36375896_1_1_1_1,00.html.

UNCTAD

29. En su noveno período de sesiones, la Comisión de la Empresa, la Facilitación de la Actividad Empresarial y el Desarrollo (Ginebra, 22 al 25 de febrero de 2005), de la Junta de Comercio y Desarrollo, aprobó recomendaciones con respecto a las estrategias de comercio electrónico para el desarrollo. Recomendó que la UNCTAD realizara investigaciones y análisis orientados a la política sobre las repercusiones en el comercio y el desarrollo de los diferentes aspectos de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) y del comercio electrónico comprendidos en su mandato, centrando la atención en los sectores que revistieran interés principal para los países en desarrollo. También recomendó que la UNCTAD prosiguiera la labor, entre otras cosas, en el campo de la medición de las TIC, incluido el desarrollo de la capacidad estadística, para que los países en desarrollo pudieran medir el acceso, la utilización y los efectos de las TIC y vigilar los progresos que se realizaran en ese campo. Recomendó asimismo que la UNCTAD contribuyera al fomento de la capacidad en materia de TIC para el desarrollo, particularmente en los sectores comerciales de interés especial para los países en desarrollo o en los sectores que pudieran potenciarse más a fondo mediante el uso de las TIC, como el turismo, el desarrollo de las pequeñas y medianas empresas (PYME) y la mitigación de la pobreza.

30. La UNCTAD publica anualmente su informe de información económica que ha sustituido al informe sobre el comercio electrónico y el desarrollo que publicaba anualmente desde el año 2000. El informe se centra en las tendencias de las TIC, como el comercio electrónico y los negocios electrónicos, y en opciones normativas y estratégicas nacionales e internacionales para mejorar el impacto de esas tecnologías en el desarrollo de los países en desarrollo. El informe puede consultarse en el sitio de Internet www.unctad.org/ecommerce.

CEPE

31. En un foro patrocinado por la CEPE sobre el comercio sin soporte de papel en las cadenas internacionales de la oferta celebrado los días 20 y 21 de junio de 2005[38], el Centro de las Naciones Unidas para la Facilitación del Comercio y el Comercio Electrónico presentó su proyecto de revisión de su recomendación 6 sobre la factura de comercio internacional[39]. La recomendación revisada trata de resolver los obstáculos que se oponen a la facturación electrónica y de hallar una solución que pueda ser fácilmente aplicada tanto por las PYME como por las grandes empresas.

32. Más recientemente, del 20 al 21 de febrero de 2006, se celebró un curso práctico sobre normas internacionales para estimular el comercio sin soporte de papel[40]. La finalidad del curso práctico de dos días de duración era presentar normas internacionales importantes para la armonización de documentos e información y el intercambio en el comercio internacional, examinar la adaptación nacional e regional y la aplicación de esas normas e intercambiar conocimientos

---

[38] Puede encontrarse información complementaria sobre el foro en el sitio www.unece.org/forums/forum05/welcome.htm.

[39] Véase además el sitio: www.unece.org/cefact/forum_grps/tbg/projects.htm.

[40] www.unece.org/trade/workshop/malaysia_feb06/welcome.htm.

especializados y las prácticas óptimas sobre proyectos experimentales e iniciativas en la región. El curso práctico tenía por objeto formular recomendaciones sobre el desarrollo, la adaptación y la aplicación de reglas de ámbito mundial en la región de Asia y el Pacífico. Tras este curso práctico se celebró un seminario técnico de tres días de duración sobre UNeDocs Data Modelling y diseño de documentos, que tuvo lugar del 22 al 24 de febrero de 2006 y en el que los participantes elaboraron un documento de comercio internacional que integraba los requisitos específicos de la región.

CESPAP

33. La CESPAP celebró en Yakarta (Indonesia) del 7 al 8 de abril de 2006 un foro titulado "Alianzas públicas-privadas para el desarrollo en Asia y el Pacífico" en el que se examinaron, entre otras cosas, cuestiones relativas al desarrollo de la tecnología de información y comunicaciones[41].

OMA

34. En abril de 2006, se celebrará en Bangalore (India) una conferencia de la OMA sobre las tecnologías de información, con una exposición. Su finalidad será examinar, entre otras cosas, cuestiones relativas a la contratación externa (como la cuestión de si la contratación externa de funciones de tecnologías de información a un proveedor de servicios especializados puede ayudar a las aduanas a mantener una infraestructura sostenible de las tecnologías de información y comunicación que responda a las expectativas de todas sus partes interesadas, en particular del sector privado) y también analizar las lecciones extraídas de experiencias anteriores[42].

D. Arbitraje y conciliación comerciales

Organización de Telecomunicaciones del Commonwealth (CTO)

35. En su 45ª reunión celebrada el 7 de septiembre de 2005 en Yaundé (Camerún), el Consejo de la CTO adoptó el Protocolo por el que se establecían el Centro para la Solución Alternativa de Controversias[43] (el Centro ADR), debido al creciente número de controversias que surgían entre socios comerciales y entre autoridades normativas y comerciantes, o entre gobiernos y comerciantes en países miembros de la CTO. El Centro ADR presta asistencia en la solución de controversias en el ámbito de las TIC de conformidad con su Reglamento para Adjudicaciones[44] (que prevé tanto la adjudicación por vía informática como la plena adjudicación), y también de conformidad con el proceso de evaluación neutral previa[45] y con su Reglamento de Arbitraje[46]. La CTO consultó a la CNUDMI al redactar esas reglas.

---

41 www.unescap.org/LDCCU/PLUS.asp.

42 Para más información, véase el sitio http://events.wcoomd.org/aboutconfit2006india.htm.

43 Para más información sobre el Centro ADR de la CTO y sus documentos conexos, véase el sitio www.cto.int/adr/index.php?page=about.

44 www.cto.int/adr/adr_Adjudication_Service.doc.

45 www.cto.int/adr/adr_ENE_Service.doc.

46 www.cto.int/adr/adr_arbitration.pdf.

CCI

36. A raíz de la adopción de una guía para el Reglamento de Peritaje de la CCI en 2004, se presentó a la Comisión de Arbitraje de la CCI[47], en su reunión del 26 de mayo de 2005, un proyecto de notas explicativas titulado "Práctica del peritaje en la solución de controversias mediante el peritaje en la CCI"[48]. En las notas se tratan temas como la utilización de i) expertos en arbitraje de la CCI; ii) expertos en calidad de investigadores conforme al Reglamento de Peritaje de la CCI; y iii) expertos neutrales como mediadores conforme al reglamento de la Junta sobre controversias de la CCI y del Centro ADR de solución alternativa de controversias.

37. El Comité Directivo de la Comisión del Arbitraje expuso ante la Comisión, en su última reunión celebrada en París el 22 de mayo de 2006, una propuesta de crear dos nuevos equipos de tarea: 1) un equipo de tarea encargado de preparar sugerencias para reducir tiempo y gastos en arbitrajes complejos; y 2) un equipo de tarea sobre los "amigables componedores".

38. Recientemente, en el marco de sus publicaciones ordinarias, la CCI ha publicado un nuevo documento titulado "Parallel State and Arbitral Procedures" (Procedimientos estatales y arbitrales paralelos)[49].

OMPI

39. En 2002, la OMPI publicó un informe, "La propiedad intelectual en Internet: Estudio de problemas" en que se describe el impacto de tecnologías digitales en la propiedad intelectual y, en particular, en los derechos de autor y en el régimen internacional de la propiedad intelectual[50]. En el contexto de ese estudio, la OMPI emprendió un análisis de las ventajas e inconvenientes de la solución de controversias por vía informática[51].

E. Pagos internacionales

Conferencia de La Haya

40. En el contexto de la elaboración de una convención sobre el cobro internacional del apoyo para el niño y otras formas de manutención de la familia, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, con la asistencia de la CNUDMI, está preparando propuestas de disposiciones neutrales con respecto a los medios tecnológicos a fin de asegurar que las autoridades centrales puedan emplear los medios de comunicación más rápidos en el marco del futuro instrumento para transferir fondos pagaderos a título de manutención, incluidos los mecanismos financieros de protección contra las fluctuaciones de las divisas.

---

[47] www.iccwbo.org/policy/arbitration/id1785/index.html.

[48] Consiste en más de 400 especialistas internacionales en el campo del derecho nombrados por los comités nacionales de la CCI en unos 82 países. Para más información, véase el sitio www.iccwbo.org/home/international_arbitration/commission.asp.

[49] www.iccwbo.org/id3925/index.html.

[50] Disponible en www.wipo.int/copyright/ecommerce/en/ip_survey/ip_survey.html.

[51] OMPI, "Derechos de Propiedad Intelectual en Internet: un estudio de problemas". WIPO/INT/02, diciembre de 2002, www.wipo.int/copyright/ecommerce/en/html/index.html.

La nueva Convención de La Haya podría tener en cuenta las necesidades futuras, la evolución de los sistemas nacionales e internacionales de cobro de gastos de manutención y de las oportunidades que brindan los adelantos en la tecnología de información.

CCI

41. La Comisión de la CCI de Técnica y Práctica Bancaria[52] está revisando las normas RUU 500, que son las reglas universalmente utilizadas para las cartas de crédito. También está estudiando la posibilidad de formular prácticas comunes en caso de venta de créditos singulares ("forfaiting"). Entre las cuestiones examinadas figuran la de permitir el descuento de un crédito por pago diferido, la de retener el concepto de "tiempo razonable" para la aceptación o el rechazo de documentos, y la de suprimir las palabras "en el anverso" ("on its face") de las reglas. Sobre la base de estas deliberaciones, el Grupo de Redacción de las RUU publicará un nuevo proyecto revisado que se enviará a los comités nacionales de la CCI para que hagan observaciones. Este proyecto, con las subsiguientes revisiones, será examinado en la próxima reunión de la Comisión Bancaria que se celebrará en Viena en mayo de 2006. Se espera que esta revisión final de las reglas esté disponible en 2006 para los bancos y los profesionales de la banca. Puede encontrarse más información en la carta de información trimestral oficial de la CCI, titulada DCInsight, y disponible en el sitio de Internet www.iccbooks.com.

F. Legislación en materia de competencia

UNCTAD

42. De conformidad con su mandato, encomendado por sucesivas conferencias de la UNCTAD (la última de las cuales fue el Consenso de São Paulo en el que se plasmaban los resultados de la UNCTAD XI en 2004) y con el "Conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas" (en adelante, "el Conjunto de principios y normas"), adoptado por la Asamblea General en 2005, la UNCTAD ha continuado prestando asistencia a los países en desarrollo, incluidos los países menos adelantados, así como a los países con economías en transición en la formulación, adopción, ejecución y revisión de leyes y políticas en materia de competencia y de protección del consumidor.

43. En noviembre de 2005, la Quinta Conferencia de las Naciones Unidas de examen de todos los aspectos del Conjunto de principios y reglas adoptó por unanimidad una resolución en la que, entre otras cosas, se reconocía la función que desempeña la política en materia de competencia fomentando la competitividad y la capacidad empresarial, facilitando el acceso al mercado y la entrada en él, promoviendo la equidad del sistema de comercio internacional y asegurando que la liberalización del comercio aporte un mayor desarrollo. Además, la Conferencia reafirmó la validez del Conjunto de principios y reglas e instó a todos los Estados Miembros a que hicieran todo lo posible por aplicar plenamente sus disposiciones.

---

[52] Para más información, véase el sitio www.iccwbo.org/home/banking/commission.asp.

Se invitó a los Estados a que intensificaran la cooperación entre las autoridades encargadas de la competencia y los gobiernos, especialmente cuando se produzcan prácticas anticompetitivas a nivel internacional, considerando que esa cooperación revestía particular importancia para los países en desarrollo y los países con economías en transición. La Conferencia también recomendó a la Asamblea General que convocara la Sexta Conferencia de Examen bajo los auspicios de la UNCTAD en 2010. La Conferencia convino asimismo en que en el próximo período de sesiones, de noviembre de 2006, del Grupo intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia se examinaran cuatro cuestiones concretas en materia de competencia a fin de lograr una mejor aplicación del Conjunto de principios y reglas, que serían: i) las autoridades de reglamentación del sector; ii) los cárteles duraderos; iii) la cooperación y los mecanismos de solución de controversias; y iv) los subsidios.

G. Facilitación de comercio

UNCTAD

44. La UNCTAD contribuye a la política y a la investigación, a la asistencia técnica y a la formación de capacidad y trata, entre otras cosas, de promover la aplicación de normas comunes en los transportes y en las cuestiones comerciales y aduaneras, particularmente entre países en desarrollo. La prestación de asistencia técnica y de apoyo para la formación de capacidad está orientada hacia la revisión y el mejoramiento de los marcos administrativos y jurídicos conforme al tenor de las disposiciones de diversas convenciones internacionales y de otros instrumentos de facilitación del comercio.

45. La UNCTAD ha ayudado a países en desarrollo y a países menos adelantados a formar su capacidad para participar efectivamente en el proceso de las negociaciones comerciales multilaterales sobre facilitación del comercio y servicios logísticos. La UNCTAD ha organizado cursos prácticos, seminarios y sesiones de información y ha publicado notas técnicas sobre instrumentos y medidas específicas de facilitación del comercio; personas especializadas en recursos han contribuido activamente al programa de cursos prácticos de la OMC sobre facilitación del comercio. Un cierto número de delegados de países en desarrollo y de países menos adelantados con sede en Ginebra han participado en los cursos prácticos mencionados con miras a reforzar la relación de trabajo entre los delegados de la OMC en Ginebra y las autoridades gubernamentales encargadas de la facilitación del comercio en sus respectivas capitales.

46. La UNCTAD contribuye también activamente a la labor del Centro para la Facilitación del Comercio (UN/CEFACTITPWG15), relativa a la revisión de la recomendación 12 titulada “Medidas para facilitar los procedimientos documentarios en los transportes marítimos”.

H. Insolvencia

Banco Asiático de Desarrollo (ADB)

47. En abril de 2005, el Banco Asiático de Desarrollo presentó su informe final titulado "Asistencia técnica regional (RETA) 5975: fomento de la cooperación regional en las reformas de los regímenes de la insolvencia", que abarca la insolvencia transfronteriza, las prácticas de arreglos oficiosos y la intersección entre los regímenes de las operaciones garantizadas y los de la insolvencia.

48. Esta labor del ADB ha dado lugar en 2005 a reuniones de consulta con los bancos miembros de la Asian Bankers Association (ABA) con objeto de examinar un proyecto de acuerdo modelo para la reestructuración de las empresas elaborado por los consultores de RETA. En octubre de 2005, la ABA adoptó formalmente un conjunto de directrices y de soluciones oficiosas y respaldó un acuerdo modelo para la reestructuración de empresas, que será utilizable por las instituciones financieras de toda la región. La ABA también publicó un documento sobre su posición, titulado "Previsión de las condiciones jurídicas y normativas propicias para apoyar regímenes eficaces de soluciones oficiosas en la región de Asia y el Pacífico" en el que se recomienda a) la adopción de un régimen de soluciones oficiosas rápido; b) la promulgación de legislación que prevea la liquidación voluntaria o la administración voluntaria por los acreedores; c) la promoción de uno o varios centros regionales para la resolución de controversias transfronterizas mediante el arbitraje; d) el reforzamiento de la cooperación y asistencia transfronterizas en los casos de insolvencia; y e) la adopción de medidas para fomentar la capacidad institucional.

INSOL

49. Actualmente, INSOL está preparando varias publicaciones que saldrán en los próximos dos años:

a) La financiación en los procedimientos de insolvencia. Esta publicación, que debe editarse en mayo de 2006, tendrá 12 capítulos sobre países, que serán Alemania, Australia, Brasil, Canadá, Estados Unidos de América, Hong Kong, India, Japón, Países Bajos, Polonia, Reino Unido y Sudáfrica. En cada capítulo se analizarán los procedimientos de insolvencia existentes en el país respectivo y el grado en que los prestamistas intervienen otorgando financiación a empresas insolventes, y cuestiones conexas como la obtención de garantías, la prelación dada a nuevos prestamistas, y el papel del proceso judicial; y

b) El proyecto del grupo de prestamistas de INSOL sobre los derivados de créditos. INSOL ha iniciado un proyecto encaminado a prestar orientación a los profesionales de la insolvencia y otras personas en cuestiones relativas al impacto de los derivados de los créditos en los procedimientos de reestructuración. El objetivo de la publicación será difundir el conocimiento y hacer comprender mejor las cuestiones pertinentes y ofrecer un punto de referencia a quienes intervengan en una reestructuración. Se ha concluido el primer proyecto de trabajo e INSOL espera que esta publicación pueda distribuirse en septiembre de 2006.

50. Actualmente se están examinando internamente algunos otros proyectos, que tratan de las operaciones garantizadas, de cuestiones de insolvencia en la región asiática y de la negociación de la deuda en situaciones de precariedad.

Banco Mundial

51. A fines de 2005, el personal del Banco Mundial finalizó los Principios y las líneas rectoras para sistemas eficientes de insolvencia y de derechos de los acreedores, que se han venido utilizando desde 2001 para evaluar los regímenes de la insolvencia y sistemas de derechos de los acreedores en los países mediante informes sobre la observancia de los códigos y normas, tras lo cual se han expuesto, a efectos de obtener observaciones, en la página de Internet de la base de datos global sobre los regímenes de la insolvencia del Banco Mundial (GILD).

52. Mediante las consultas celebradas entre el Banco Mundial, la secretaría de la CNUDMI y el Fondo Monetario Internacional se ha logrado a) coherencia entre los principios y directrices del Banco Mundial por un lado, y la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia y el proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas, por otro, b) la formulación de una norma internacional unificada en materia de derecho de la insolvencia y c) la elaboración de una metodología de evaluación de los informes sobre la observancia de los códigos y normas. Las perspectivas complementarias de los Principios y la Guía Legislativa sirven de importantes puntos de referencia para los países a la hora de evaluar y de reforzar sus sistemas de la insolvencia y de derechos de los acreedores ajustándolos a las normas generalmente reconocidas de buenas prácticas. Dado el consenso internacional sobre las prácticas óptimas que se refleja en los Principios y Recomendaciones del Banco, que forman parte de la Guía Legislativa de la CNUDMI, el personal del Banco y del Fondo recomendarán a sus respectivas juntas ejecutivas que reconozcan estos Principios y Recomendaciones como normas unificadas para los regímenes de la insolvencia y los sistemas de derechos de los acreedores a efectos de la iniciativa del Banco y del Fondo sobre las normas y los códigos. Las evaluaciones de los informes sobre la observancia de los códigos y normas en materia de insolvencia y derechos de los acreedores se realizarán sobre la base de esta norma unificada sobre los regímenes de la insolvencia y los sistemas de derechos de los acreedores.

53. En materia de marcos institucionales relativos a la insolvencia, el Banco Mundial convocó en 2003 y 2004 Foros Globales de Jueces para fomentar un diálogo entre los jueces que supervisan las ejecuciones comerciales y los casos de insolvencia y para ayudar al Banco Mundial a preparar una guía sobre las prácticas judiciales en materia de insolvencia. Se prevé un nuevo foro para 2006.

Asociación Internacional de Abogados (IBA)

54. En mayo de 2005, la Sección de insolvencia, reestructuración y derechos de los acreedores ("SIRC") y el Consejo de la IBA apoyaron la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia.

55. La mencionada Sección de la Asociación Internacional de Abogados ha establecido tres nuevos subcomités encargados de: la legislación sobre la insolvencia y la reforma y la armonización legislativas; la ejecución de los derechos de los acreedores; y la reorganización y los arreglos oficiosos. A medida que

evolucionen las prácticas internacionales en materia de insolvencia durante los próximos años, es posible que se creen otros subcomités.

56. Además de supervisar e informar sobre la evolución de las legislaciones nacionales de la insolvencia en todo el mundo, el Subcomité sobre legislación de la insolvencia y reforma y armonización legislativas coordinará: i) la dotación de expertos en las sesiones de trabajo de esos órganos mundiales; ii) las exposiciones hechas por expertos en programas y coloquios organizados por esos órganos mundiales; iii) las consultas; y iv) la redacción de propuestas relativas a los proyectos de reforma legislativa. Toda la labor relacionada con la CNUDMI se coordinará directamente con el servicio de enlace de la Sección con la CNUDMI, que también supervisará la labor.

57. El Subcomité de ejecución de los derechos de los acreedores se centrará en cuestiones de interés para los vendedores y prestamistas garantizados y no garantizados en procedimientos de liquidación y de reorganización, inclusive los recursos, la ejecución de gravámenes, la concesión de crédito a deudores insolventes o en dificultades, los grados de prelación entre acreedores y la protección del valor de la garantía. El Subcomité de reorganización y arreglos oficiosos se centrará en la reestructuración oficial y oficiosa, inclusive en las cuestiones relacionadas con la negociación, la propuesta, la solicitación y las demandas contra planes de reorganización, arreglos, planes previamente elaborados, transacciones, reorganizaciones agilizadas y arreglos extrajudiciales.

III (International Insolvency Institute)

58. Además de sus comités ya existentes, el Instituto está estableciendo un comité encargado del tema de la utilización del arbitraje en la insolvencia. Al mismo tiempo, está poniendo en marcha un proyecto conjunto con el American Law Institute (ALI) con el fin de promover la aprobación y aceptación internacional de los Principios de la ALI para cooperación en casos transnacionales.

OCDE

59. La quinta reunión del Foro para la reforma de la insolvencia en Asia (FAIR), organizado por la OCDE en cooperación con la APEC, el Organismo Australiano de Desarrollo Internacional (AusAID), el Banco Asiático de Desarrollo, el Banco Mundial y el Gobierno del Japón, tendrá lugar en Beijing (China) del 27 al 28 de abril de 2006.

I. Gestión de empresas

BERD

60. En 2005, el BERD concluyó una evaluación sobre la eficacia (es decir, el modo en que funciona la ley en la práctica) de la legislación sobre gestión empresarial en todos los 27 países de la operación. La finalidad de la iniciativa era descubrir cómo se aplicaba la legislación de gestión empresarial y determinar la eficacia de los mecanismos para que un accionista minoritario pueda obtener la revelación de información empresarial y ser indemnizado en caso de violación de sus derechos. Los resultados se han publicado en el informe de transición de 2005 y se detallarán en la

edición de Law in Transition correspondiente a la primavera de 2006. Los resultados de anteriores estudios sobre indicadores jurídicos (referentes a la insolvencia y a la ejecución de cargos) pueden consultarse en el sitio del BERD[53].

OCDE

61. El Grupo Directivo de la OCDE sobre gestión empresarial coordina y guía la labor de la Organización sobre gestión empresarial y otros asuntos relacionados con las empresas. La mayor parte de la labor dedicada a países no miembros en materia de gestión empresarial se lleva a cabo a través de mesas redondas regionales. En las reuniones de las mesas redondas regionales correspondientes a Eurasia, Europa sudoriental y América Latina celebradas durante 2005 y 2006 examinaron, entre otras cosas, la reforma de la gestión y la ejecución. En el programa para la séptima Mesa Redonda de Asia sobre gestión empresarial, celebrada en septiembre de 2005, figuraba i) la gestión de los bancos, ii) un examen de los progresos realizados en las reformas de las políticas desde que se publicó el Libro Blanco de Asia en 2003, iii) el papel del Consejo en la ejecución de los principios de la OCDE sobre gestión empresarial, y iv) la gestión de empresas de propiedad estatal.

62. En abril de 2005, la OCDE apoyó las directrices sobre gestión de empresas estatales. Estas nuevas directrices constituyen la primera referencia internacional para ayudar a los gobiernos a evaluar la forma en que ejercen sus funciones de propiedad respecto a las empresas estatales. Las directrices no son vinculantes y complementan los principios de la OCDE sobre gestión empresarial.

63. En 2005, la OCDE publicó también casos monográficos sobre la buena gestión empresarial en América Latina, examinando el modo en que ocho empresas del Brasil, de Colombia y del Perú mejoraban sus prácticas de gestión empresarial. Sobre la base de sus experiencias, este informe ofrece asesoramiento práctico y soluciones a otras empresas de América Latina que se están planteando reformar su estructura de gestión.

---

[53] www.ebrd.org.

(A/CN.9/598/Add.1)

Nota de la Secretaría sobre la labor de las organizaciones internacionales concerniente al marco legal de la contratación pública

Índice

		Párrafos
I.	Introducción	1-4
II.	Resumen de la labor de las organizaciones internacionales concerniente al marco legal de la contratación pública	5-59
	A. Contratación en general y contratación por vía electrónica	5-41
	1. Organización Mundial del Comercio	5-9
	2. Bancos multilaterales de desarrollo (BMD)	10-22
	3. África	23-28
	4. Asia	29-31
	5. Comisión Europea	32-37
	6. América Latina	38-41
	B. Transparencia y lucha contra la corrupción en la contratación pública	42-48
	1. Instrumentos internacionales: Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción	43-45
	2. Otras iniciativas	46-48
	C. La contratación pública en el marco de la eficacia de la ayuda al desarrollo	49-59
	1. Labor de diagnóstico	50-54
	2. Otros esfuerzos de armonización	55-56
	3. Importancia para la labor del Grupo de Trabajo	57-59

I. Introducción

1. En la presente nota se hace una reseña de la labor concerniente al marco legal (denominada "labor legislativa")[1] de la contratación pública que otras organizaciones internacionales emprendieron o tenían previsto emprender el pasado año o que emprenderán en un próximo futuro. Esta nota no pretende ser exhaustiva sino que trata de reseñar toda tarea llevada a cabo por otras organizaciones que pueda repercutir sobre la labor del Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) de la CNUDMI (el "Grupo de Trabajo de la CNUDMI" o el "Grupo de Trabajo").

2. A partir de la información facilitada en la presente nota, tal vez la Comisión o el Grupo de Trabajo deseen considerar cuáles son los puntos de la labor actual del Grupo de Trabajo relativa a la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (la "Ley Modelo") (A/49/17 y Corr.1, anexo I) que tal vez complementen la labor emprendida por otras organizaciones, a fin de definir una estrategia coordinadora y cooperativa adecuada. La Comisión tal vez desee también señalar al Grupo de Trabajo toda otra cuestión que proceda examinar junto con las que actualmente examina en el marco del proyecto actual, o por separado en alguna etapa ulterior.

3. El presente documento examina la labor de las organizaciones indicadas a continuación concerniente al marco legal de la contratación pública a partir de los documentos de dominio público de esas organizaciones y de la información por ellas facilitada en respuesta a las consultas de la secretaría de la CNUDMI:

APEC	Asociación de Cooperación Económica en Asia y el Pacífico
BAfD	Banco Africano de Desarrollo
BAsD	Banco Asiático de Desarrollo
BERD	Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo
BID	Banco Interamericano de Desarrollo
	Banco Mundial
CCI	Centro de Comercio Internacional

[1] La denominada "labor legislativa" resumida en la presente nota se refiere no solo a la labor de índole propiamente reguladora, sino también a la preparación de textos no vinculantes, como directrices y notas explicativas, sobre cuestiones que estén reguladas por la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Publica de Bienes, Obras y Servicios, de 1994. Por consiguiente, no se incluyó en el resumen de la presente nota la labor de algunas organizaciones sobre cuestiones expresamente excluidas del régimen o del ámbito de aplicación de la Ley Modelo, tales como la adjudicación de contratos de interés para la defensa (véase art. 1 2) de la Ley Modelo), las concesiones de obras públicas, los contratos adjudicados a empresas mixtas y los proyectos de infraestructura con financiación privada. (Consúltese al respecto en el sitio web de la CE en http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/dpp_en.htm y en http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/ppp_en.htm). También se han excluido de la presente nota los acuerdos de librecambio regionales o bilaterales que hayan sido o estén siendo negociados y que, pese a abordar cuestiones de la contratación pública reguladas por la Ley Modelo, hayan sido o estén siendo concertados por determinados países o grupos de países por lo que no forman propiamente parte de la labor de una organización internacional de ámbito mundial.

CE	Comisión Europea
COMESA	Mercado Común del África Meridional y Oriental
GNUD	Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo
OCDE	Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos
OEA	Organización de los Estados Americanos
OMC	Organización Mundial del Comercio
ONUDD	Organización de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito
OSIA	Oficina de Servicios Interinstitucionales de Adquisición
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
UNCTAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo
WAEMU	Unión Económica y Monetaria de África Occidental

4. La presente nota complementa una nota de la Secretaría sobre las actividades en curso de las organizaciones internacionales relativas a la armonización y unificación del derecho mercantil internacional, que figura en A/CN.9/598.

II. Resumen de la labor de las organizaciones internacionales concerniente al marco legal de la contratación pública

A. Contratación en general y contratación por vía electrónica

1. Organización Mundial del Comercio

5. Las actividades de la OMC en materia de contratación pública están actualmente centradas en dos áreas principales[2]: i) las negociaciones del grupo de trabajo de la OMC sobre reglas del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) concernientes a la contratación pública de servicios en el marco del artículo XIII del AGCS; y ii) las negociaciones abiertas en el seno del Comité de Contratación Pública, que administra el Acuerdo sobre Contratación Pública (el "ACP"), con miras a mejorar este Acuerdo de carácter plurilateral, difundiéndolo lo más posible entre los miembros de la OMC y eliminando en lo posible toda medida o práctica discriminatoria que subsista, conforme se pide en los apartados 7 b) y c) del artículo XXIV del acuerdo ACP.

6. Las negociaciones más recientes (2005) sobre contratación pública de servicios, en el marco del artículo XIII del acuerdo AGCS, giraron en torno a una propuesta sobre la estructura de un anexo de dicho acuerdo dedicado a reglas de

[2] En lo concerniente a la transparencia de la contratación pública, el grupo de trabajo de todos los miembros de la OMC encargado del tema de la transparencia en la contratación pública ha interrumpido su labor. Véase la decisión del Consejo General sobre el Programa de Doha para el Desarrollo (el *"July package"*, en www.wto.org/english/tratop_e/dda_e/draft_text_gc_dg_31july04_e.htm), de 1 de agosto de 2004, en la que se dice, entre otras cosas que no habrá negociación alguna sobre la cuestión de Singapur concerniente a la transparencia en la contratación pública.

procedimiento aplicables a la contratación pública de servicios. Entre las cuestiones suscitadas durante las negociaciones, cabe citar la de la relación del acuerdo AGCS con el ACP, la distinción entre bienes y servicios, y ciertos umbrales y otros elementos de un reglamento eventual de la contratación pública[3].

7. En lo concerniente a la segunda área de negociación, en una nota de la Secretaría titulada "Actividades que están desarrollando las organizaciones internacionales en relación con la armonización y unificación del derecho mercantil internacional" (A/CN.9/584, párr. 55) que la Comisión tuvo ante sí en su 38º período de sesiones en 2005 ("Nota de la Secretaría de 2005"), se señaló a la atención de la Comisión la renegociación en curso del ACP. Si bien se dispone de poca información acerca de la fase y el alcance actual de la renegociación emprendida, ya que la negociación se lleva a cabo en sesiones informales, sí se sabe que la negociación versa sobre la simplificación del ACP y la mejora de las disposiciones concernientes a la falta de accesibilidad del mercado, sabiéndose además que, durante 2005, el Comité efectuó notables avances en orden a la revisión de estas disposiciones. Se han celebrado también conversaciones oficiosas sobre cuestiones concernientes a la denominada cobertura "horizontal", así como sobre diversas propuestas de índole formal o textual concernientes a las disposiciones de accesibilidad al mercado[4]. Se ha señalado el final del presente año como fecha límite para la conclusión de las negociaciones en el marco del párrafo 7 del artículo XXIV[5].

8. Varios Estados miembros de la CNUDMI han insistido, en el curso de las sesiones del Grupo de Trabajo, sobre la importancia de que se coordine toda disposición nueva o revisada de la Ley Modelo y de su Guía con el enfoque adoptado respecto de esas mismas cuestiones en la OMC. A este fin, la Secretaría invitó a representantes de la OMC a participar en los períodos de sesiones del Grupo de Trabajo y la OMC estuvo representada en la mayoría de esas sesiones. Además, se han celebrado consultas oficiosas entre la Secretaría y representantes de la OMC. Ahora bien, la confidencialidad del proceso de renegociación del ACP puede restar eficacia a esas medidas.

9. La Comisión tal vez desee pedir a la OMC, ya sea directamente o por conducto de aquellos Estados miembros de la CNUDMI que participen en dicho proceso de negociación, que se coordine mejor la labor de dicha Organización con la del Grupo de Trabajo, a fin de que se pueda tener en cuenta la labor de la OMC en la revisión en curso del texto de 1994 de la Ley Modelo de la CNUDMI y de su Guía.

2. Bancos multilaterales de desarrollo (BMD)

10. En la Nota de la Secretaría para 2005, se señalaron también a la atención de la Comisión las actividades de un grupo de trabajo conjunto sobre armonización de la contratación pública por vía electrónica (el "Grupo de Trabajo conjunto"), establecido a comienzos de 2003 por el Banco Mundial, el BAsD, el BID, al que se

---

[3] Véase "*Annual report of the Working Party on GATS rules to the Council for Trade in Services*", 2005, párr. 5, en www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gpserv_e.htm.

[4] La Secretaría entiende que las revisiones propuestas versarán probablemente sobre los acuerdos marco y ciertas técnicas de contratación electrónica, tales como la subasta electrónica inversa.

[5] Véase "*Report of the Committee on Government Procurement (December 2004-October 2005)*", párrs. 19 a 23, en www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm.

sumaron subsiguientemente el BafD, el BERD y el Fondo Nórdico para el Desarrollo (véase A/CN.9/584, párr. 50).

11. Desde su establecimiento, el Grupo de Trabajo conjunto ha formulado dos series o juegos de requisitos que habrá de cumplir todo país destinatario de fondos para proyectos financiados por BMD en los que se vayan a adjudicar por vía electrónica contratos públicos: los requisitos para la licitación electrónica (octubre de 2005) y las Directrices para la subasta electrónica inversa (diciembre de 2005) (que se analizan en los párrs. 14 a 20 *infra*)[6]. Estos requisitos complementan, pero sin sustituirlos, a los requisitos actualmente aplicables a los procedimientos tradicionales de contratación pública en lo concerniente a todo proyecto financiado por un BMD. Está previsto preparar otro juego de requisitos para las compras negociadas por vía electrónica[7].

12. El Grupo de Trabajo conjunto patrocinó asimismo la preparación de una guía para el legislador y directivos de empresa acerca de la autenticación y seguridad de la firma digital en el comercio electrónico (diciembre de 2004) y una guía sobre activación comprador-proveedor (octubre de 2005), así como cierto número de monografías sobre cuestiones más generales de la contratación pública por vía electrónica destinadas a orientar a los países usuarios de fondos de los BMD sobre la evaluación de la actitud de un país para la contratación por vía electrónica y la puesta en práctica de diversas fases de esa contratación[8]. Tanto esas guías como esas monografías llevan una indicación de que no reflejan necesariamente la postura oficial de los BMD, que no garantizan la exactitud de su información ni asumen responsabilidad alguna al respecto.

13. Estos documentos se prepararon como respuesta a la creciente tendencia de los países destinatarios de fondos de los BMD de recurrir a la vía electrónica para la contratación pública y para negociar y gestionar las actividades financiadas por dichos bancos. La postura general de estas monografías es la de que el régimen legal interno de la contratación pública de los países beneficiarios de fondos debe ser tecnológicamente neutro, a fin de adaptarse al ritmo evolutivo de la tecnología. Estas guía y monografías fueron asimismo formuladas en función de un enfoque escalonado de la puesta en práctica de la contratación por vía electrónica, lo que significa que cabe inicialmente recurrir a esta vía para determinadas fases de la contratación, e ir haciéndola gradualmente extensiva a las restantes fases a medida que los recursos, el régimen legal aplicable o el desarrollo de la tecnología lo permitan.

---

[6] Disponible en el portal conjunto de contratación pública www.mdb-egp.org/.

[7] Conforme a lo dicho en la parte introductoria de los Requisitos para la licitación por vía electrónica.

[8] Estas monografías publicadas en la serie "*Strategic Electronic Government Procurement*", (Guía estratégica para la contratación pública por vía electrónica) incluyen los siguiente títulos "Visión General," "Estándares" y "Mapa de ruta" (todas ellas de marzo de 2004), "Guía para la planificación estratégica" (junio de 2004) y "*Readiness Self-Assessment*" (auto evaluación) (revisada en noviembre de 2004). Estos y otros documentos están disponibles a través de *e-GP Tool Kit* en www.mdb-egp.org/data/default.asp.

Requisitos para la licitación por vía electrónica de contratos financiados por BMD

14. Como se indicó en las observaciones introductorias del presente documento, estos requisitos no tratan de establecer una ruta normalizada para el desarrollo y la puesta en práctica de la contratación por vía electrónica, sino que los BMD alientan a cada país a que busque su propia ruta. No obstante, como se dijo también en las observaciones introductorias, dichos requisitos establecen ciertas normas y pautas que habrán de satisfacerse en la adjudicación por vía electrónica de contratos de bienes, obras y servicios de consultoría o de otra índole financiados por BMD, con miras a garantizar la observancia de ciertos principios básicos de buena gestión, como la transparencia, la no discriminación, la igualdad de acceso y la libre competencia, velando además por la seguridad del procedimiento seguido y la actuación responsable de la entidad adjudicadora. Los rasgos, las normas y el funcionamiento del sistema interno de adjudicación por vía electrónica de contratos financiados con fondos de los BMD deberá ser evaluado en función de su observancia de los Requisitos para la licitación por vía electrónica enunciados por dicho Grupo de Trabajo conjunto.

15. Dichos Requisitos para la licitación por vía electrónica fueron formulados con miras a facilitar una participación poco costosa en la contratación pública por vía electrónica y a fin de que quedara una pista documental clara para toda labor eventual de auditoría. Se han agrupado esos requisitos en 12 secciones (que facilitan entre otras cosas):

Sección 1: la accesibilidad del procedimiento (apertura general, sin restricciones y en pie de igualdad, con arreglo a normas técnicas de interoperabilidad, fiabilidad y seguridad);

Sección 2: normas de publicidad (en diversos medios y por igual; plazos de licitación contados a partir de la fecha de publicación; publicación en un sitio web de acceso general y bien conocido, que esté actualizado y que sea funcional y de acceso libre y gratuito);

Sección 3: el intercambio de correspondencia, y la posibilidad de efectuar enmiendas, sustituciones y aclaraciones por vía electrónica, con tal de que todo concursante que lo solicite pueda obtener un envío postal impreso;

Sección 4: documentos de licitación (conveniencia de no seccionar la documentación en porciones unas electrónicas y otras sobre papel);

Sección 5: presentación de ofertas o propuestas (tanto por vía electrónica como sobre papel);

Sección 6: garantías de oferta (poco recomendables en las ofertas presentadas por vía electrónica);

Sección 7: apertura pública de las ofertas (presencia física de los ofertantes o licitadores y presentación simultánea de la información en algún sitio web);

Sección 8: evaluación de ofertas y adjudicación del contrato (evaluación automatizada previamente aprobada y sujeta a ciertas normas concernientes a los criterios de evaluación y a los principios de economía, eficiencia, igualdad de oportunidades y transparencia, que dé lugar a la adjudicación del contrato al concursante que presente la oferta conforme que sea valorada como la más económica);

Sección 9: gestión segura de la información (conforme a normas y prácticas recomendables reconocidas en el ámbito internacional);

Sección 10: autenticación (reconocimiento y admisibilidad jurídica de la firma y del certificado digital emitido en el país del licitador y toda otra medida que facilite la participación de proveedores sitos en otro país);

Sección 11: cobro de algún derecho por la participación en una red de contratación electrónica (preferiblemente gratuita); y

Sección 12: otras condiciones (Requisitos para la licitación electrónica aplicables a terceros proveedores de servicios que, junto con su empresa matriz o sus filiales y a fin de evitar conflictos eventuales de interés, no son elegibles para participar en la adjudicación de contratos negociados por conducto de un sistema electrónico que esté bajo su control).

16. Todas las cuestiones consideradas en las secciones 1 a 9 y 11 de los Requisitos para la licitación por vía electrónica están siendo examinadas por el Grupo de Trabajo de la CNUDMI. El Grupo de Trabajo de la CNUDMI convino en no examinar las cuestiones concernientes a la autenticación (sección 10) en el marco de la Ley Modelo, al haber optado por examinarlas en la Guía para su incorporación al derecho interno, en donde se haría toda remisión que proceda a todo instrumento aplicable de la CNUDMI y al marco reglamentario que debe existir en todo Estado que promulgue el régimen revisado de la Ley Modelo[9]. La cuestión de los terceros proveedores de servicios y del conflicto eventual de intereses entre empresas asociadas, objeto de la sección 12 de los Requisitos para la licitación por vía electrónica, fue suscitada en el Grupo de Trabajo, pero sin ser incluida como tema aparte en su programa[10]. Ahora bien, está previsto que el Grupo de Trabajo aborde estas cuestiones al examinar ciertos métodos y técnicas de contratación pública en donde existe un elevado riesgo de conflicto de intereses, tales como la subasta electrónica inversa y los acuerdos marco.

Directrices para la subasta electrónica inversa de contratos financiados por BMD

17. Las Directrices para la subasta electrónica inversa son en buena parte reflejo de los Requisitos para la licitación por vía electrónica. Las Directrices están agrupadas en las siguientes 11 secciones: i) preparación del sistema; ii) pliego de condiciones; iii) publicidad; iv) marcha de la subasta; v) correspondencia, enmiendas y aclaraciones; vi) accesibilidad; vii) garantías de oferta; viii) evaluación de las ofertas y adjudicación del contrato; ix) gestión segura de la información; x) autenticación; y xi) otras condiciones. Los requisitos de las secciones iii), v), vi) (salvo en lo concerniente a los trámites de precalificación propios de la subasta electrónica inversa), vii), y ix) a xi) repiten en gran parte lo ya enunciado en los Requisitos para la licitación por vía electrónica, con alguna enmienda requerida para su adaptación a la subasta electrónica inversa. Las peculiaridades propias de la subasta electrónica inversa son básicamente las siguientes:

Sección 1 - en la preparación del sistema (véase párr. 19 *infra*);

---

[9] Véase el informe del Grupo de Trabajo I (Contratación pública) sobre la labor de su séptimo período de sesiones (A/CN.9/575), párr. 34.

[10] *Ibid.*, párr. 54.

Sección 2 - en el pliego de condiciones (ciertos detalles de la subasta electrónica inversa que han de publicarse junto con el pliego de condiciones);

Sección 4 - en la marcha de la subasta (condiciones que han de observarse en el curso de la subasta, particularmente en materia de anonimato, confidencialidad, graduación o reclasificación automática progresiva de los concursantes, y contenido y alcance de la información comunicable a los concursantes, así como para la clausura de la subasta);

Sección 6 - en materia de accesibilidad, ciertos trámites especiales que habrán de seguirse siempre que la subasta electrónica inversa vaya precedida por una etapa de precalificación (la técnica de la subasta electrónica inversa no debe utilizarse si el número de concursantes ha quedado reducido a una cifra que reste competitividad a la subasta y en ningún caso si quedan menos de tres concursantes independientes);

Sección 8 - en la evaluación de las ofertas y adjudicación del contrato (dado que en la subasta electrónica inversa la adjudicación se hará únicamente en función del precio ofrecido, por lo que el contrato será adjudicado al concursante declarado apto que ofrezca el precio más bajo; se ha de publicar inmediatamente la adjudicación del contrato en el sitio web que esté siendo utilizado, junto con el nombre del ganador y el monto del precio al que se haya adjudicado el contrato; y no deberá entablarse negociación alguna en el curso o a raíz de la subasta).

18. A diferencia de los Requisitos para la licitación por vía electrónica, las Directrices para la subasta electrónica inversa no son aplicables a la contratación de servicios de consultoría. Las observaciones introductorias de las Directrices concernientes a las condiciones generales de empleo de la subasta electrónica inversa dicen que ciertas categorías de contrato no se prestan a ser adjudicadas por subasta electrónica inversa. La subasta solo deberá emplearse si las especificaciones del contrato son claramente definibles, de forma que el precio sea el único factor determinante, y en supuestos en los que el número de concursantes sea elevado. Debe ser asimismo posible determinar con transparencia, en cualquier etapa de la subasta electrónica, la posición correlativa de los concursantes. Todo elemento de una oferta que no sea cuantificable no debe ser objeto de subasta. La subasta electrónica no debe emplearse en mercados que sean particularmente vulnerables a manipulaciones anticompetitivas o a prácticas fraudulentas, como la colusión. Todo mercado con pocos concursantes calificados independientes o que esté dominado por uno o dos concursantes importantes puede ser particularmente vulnerable a este peligro.

19. Dicha declaración general introductoria de las Directrices ha sido desarrollada en las condiciones para la subasta electrónica enunciadas inversa en la sección dedicada a la “preparación del sistema”, en donde se requiere en particular:

a) una descripción precisa de las especificaciones del contrato y de su idoneidad para ser adjudicado por un procedimiento sencillo en el que la evaluación se hará únicamente en función del precio;

b) un anuncio claro del alcance de la subasta y de los criterios de evaluación que se utilizarán para la adjudicación del contrato, cuyo valor deberá ser suficiente para justificar la convocatoria de una amplia base de concursantes pero no tan elevado que reduzca de hecho la competencia;

c) la verificación de que se cumplen todas las condiciones operativas requeridas para la apertura de la subasta;

d) un conocimiento adecuado de otras operaciones similares anteriores y de la estructura del mercado, que permita detectar y prevenir toda manipulación del mercado o toda práctica predatoria o de colusión en la fijación del precio; y

e) que solo se recurra a la subasta electrónica inversa para contratos de valor inferior al umbral fijado para el recurso al método de la licitación competitiva, y únicamente para la adjudicación de contratos en los que el precio sea el factor determinante (lo que solo suele suceder respecto de las mercancías), no debiéndose utilizar en ningún supuesto en el que la subasta electrónica elimine a una cifra apreciable de concursantes aptos que no dispongan de la tecnología requerida.

20. Por consiguiente las Directrices prefieren tratar a la subasta electrónica inversa como un supuesto especial de compra electrónica, y no de licitación electrónica, al considerar que la subasta electrónica inversa solo resulta adecuada para la compra de artículos o suministros bien definidos en los que el factor determinante sea el precio o la cantidad y en los que no se requiera un proceso de evaluación como el habitual en la licitación por vía electrónica. Al igual que el Grupo de Trabajo de la CNUDMI, las Directrices han optado por el criterio de que la subasta electrónica inversa sea considerada como un método de contratación independiente y no como una fase optativa de otros métodos de contratación.

21. El Grupo de Trabajo está examinando las cuestiones propias de la subasta electrónica inversa que se abordan en las Directrices, en particular las condiciones que han de reunirse para el recurso a la subasta electrónica inversa y los criterios utilizables para la adjudicación del contrato, lo que a su vez servirá para determinar las categorías de contrato (compra de mercancías, y ciertos tipos de obras y de servicios) adjudicables por medio de la subasta electrónica inversa y permitirá determinar si dicha subasta debe ser considerada como un método de adjudicación independiente o como una fase optativa de algún otro método. En su 39º período de sesiones, la Comisión dispondrá de los informes del Grupo de Trabajo correspondientes a sus períodos de sesiones octavo y noveno (A/CN.9/590 y A/CN.9/595, respectivamente) en donde figura un resumen del examen de estas cuestiones por el Grupo de Trabajo.

22. Cabe consultar otras actividades conjuntas conexas con los BMD en las secciones B y C *infra*.

3. África

Banco Africano de Desarrollo

23. El BAfD está revisando sus reglamentos para la contratación de bienes y de obras y para el empleo de consultores, a fin de armonizarlos con los de otros BMD. Interviene asimismo, en particular mediante informes de evaluación de la contratación pública por países y prestando apoyo a organizaciones subregionales,

como COMESA y WAEMU (véanse los párrs. 24, 28 *infra*) en varias iniciativas legislativas destinadas a la armonización y modernización de los regímenes de la contratación pública de ámbito tanto nacional como subregional y regional.

Mercado Común del África Meridional y Oriental

24. En la Nota de la Secretaría de 2005, se señaló a la atención de la Comisión la labor de la secretaría de COMESA en orden a la ejecución, con el apoyo del BAfD, del Proyecto de COMESA para la reforma de la contratación pública (PPRP) (A/CN.9/584, párr. 51). Se completaron las actividades programadas del PPRP para el período que acabó en diciembre de 2004, lo que permitió, en particular, poner en marcha un sistema de información al servicio de la contratación (CPIS)[11], por conducto de Internet, y la preparación de unas directrices para la aplicación de la Directiva de COMESA para la contratación pública de 2003[12,13].

25. Un proyecto sucesor del PPRP, el Proyecto de reforma de la contratación pública y fomento de su capacidad (EPRCP)[14] trata de colmar el desfase entre los objetivos previstos y lo efectivamente logrado en el marco del PPRP[15] entre otras cosas, este último proyecto tiene previsto obrar en aras de la concertación y firma de un acuerdo regional de la contratación pública que otorgue trato nacional a todo proveedor radicado en un Estado miembro de COMESA y que fije umbrales para cada categoría de contrato, por encima de los cuales el contrato habrá de ser adjudicado a través de algún mecanismo regional de la contratación pública. Se sugiere prestar mayor atención al desarrollo de la contratación por vía electrónica: el EPRCP tiene previsto actualizar el CPIS, como plataforma de un sistema informático al servicio de la contratación pública en el ámbito regional, para lo que deberá prestar una amplia gama de servicios informáticos, no limitados a la publicación de información sobre los contratos adjudicables, sino que permitan la presentación de ofertas por vía informática.

26. El Grupo de Trabajo mantiene una estrecha relación con COMESA, que asiste regularmente a los períodos de sesiones[16] del Grupo de Trabajo. La secretaría de la CNUDMI coopera con la secretaría de COMESA, prestándole asistencia de índole tanto legislativa como técnica.

---

[11] Un sitio web regional centralizado http://simba.comesa.int:90/cpis/, para reunir y difundir información sobre la contratación pública en los Estados miembros de COMESA.

[12] Esta Directiva fue aprobada por la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de COMESA en su octava cumbre celebrada en Jartum (Sudán) en marzo de 2003. En ella se recomienda la Ley Modelo de la CNUDMI como modelo para la reforma del régimen legal de la contratación pública en los Estados miembros de COMESA.

[13] Las directrices (disponibles en la secretaría de la CNUDMI), contienen componentes esenciales del marco legal interno y de las medidas institucionales y orgánicas necesarias para la puesta en práctica de la Directiva.

[14] Proyecto desarrollado por la secretaría de COMESA a raíz de la decisión adoptada en la 17ª reunión del Consejo de Ministros de COMESA (Kampala, 4 y 5 de junio de 2004).

[15] Este proyecto fomenta la armonización del régimen legal y reglamentario de la contratación pública en COMESA a fin de que todos los regímenes internos de sus países miembros observen la Directiva, mejorando sus sistemas de contratación y su capacidad pericial al respecto y alentando el empleo de la vía informática CPIS.

[16] El Director Jurídico de COMESA ha presidido las reuniones del Grupo de Trabajo desde 2004.

Unión Económica y Monetaria del África Occidental

27. En la nota de la Secretaría de 2005, se señaló a la atención de la Comisión el programa de WAEMU concerniente a la modernización y reforma de la contratación pública, estructurado en dos fases: i) la creación de las herramientas necesarias para la reforma, y ii) la puesta en práctica de la reforma (A/CN.9/584, párr. 51).

28. Se ultimó su primera fase con la aprobación, por el Consejo de Ministros de WAEMU, en diciembre de 2005, de las Directivas de WAEMU para la contratación pública, así como de un reglamento para la contratación pública en el ámbito local. La segunda fase concierne al desarrollo de servicios técnicos a nivel de la Comisión de WAEMU (a fin de que pueda cumplir su función de difusión de las Directivas y de control de su puesta en práctica), así como al desarrollo de la asistencia prestada a los Estados miembros del WAEMU en orden a la aplicación de las Directivas en el ámbito nacional.

4. Asia

Asociación de Cooperación Económica en Asia y el Pacífico

29. El Grupo pericial de la APEC en contratación pública (GPEG)[17] está revisando los Principios no vinculantes de la APEC sobre la contratación pública[18], con miras en particular a incorporar en las Normas de transparencia de la APEC para la contratación pública[19] y a fin de minimizar la duplicación entre diversos juegos de principios no vinculantes. El GPEG desea también reformular el texto de sus Principios no vinculantes frente a la discriminación a fin de ponerlos más al servicio de la no discriminación en función del género. El proyecto de texto revisado de estos Principios no vinculantes será objeto de examen en el período de sesiones de finales de mayo de 2006 del Comité de la APEC sobre comercio e inversiones. El GPEG convino asimismo en activar la iniciativa sobre asistencia a la pequeña y mediana empresa por medio de la contratación pública.

30. El contenido de los Principios no vinculantes de la APEC fue dado a conocer al Grupo de Trabajo dada su importancia para la labor del Grupo. La Secretaría proseguirá dándolo a conocer a la luz de toda revisión de sus Principios que lleve a cabo la APEC en el próximo futuro. Respecto de la participación de la pequeña y mediana empresa en la contratación pública, consúltese lo expuesto más adelante en los párrafos 40 y 41.

---

[17] Este grupo fue creado en 1995 como foro subsidiario del Comité sobre Comercio e Inversiones de APEC.

[18] Disponible en www.apecsec.org.sg/apec/apec_groups/committees/committee_on_trade/government_procurement.html.

[19] Véase la sección I de "*APEC Leaders' Statement to Implement APEC Transparency Standards*", 16ª Reunión Ministerial de la APEC (Santiago, Chile, 17 a 18 de noviembre de 2004), documento 2004/AMM/028, disponible en www.apecsec.org.sg/apec/apec_groups/committees/committee_on_trade/government_procurement.html.

Banco Asiático de Desarrollo

31. El 6 de febrero de 2006, la junta directiva del BAsD aprobó sus Directrices para la contratación pública y sus Directrices para el empleo de consultores. Unas y otras son aplicables desde el 1 de abril de 2006[20].

5. Comisión Europea

32. Durante el período bajo examen, la CE publicó una serie de documentos por los que se enmendaba, completaba o daba curso a las nuevas Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE (las "Directivas") de la Unión Europea (UE) sobre la contratación pública. Las enmiendas a dichas directivas publicadas en la Directiva 2005/51/CE de 7 de septiembre de 2005 afectan a disposiciones reguladoras del formato para la publicación de avisos concernientes a la contratación pública que figuran en los anexos de esas dos directivas[21]. En vista de los nuevos formularios para la publicación de avisos, se suprimieron todas las remisiones que se hacía en los anexos al antiguo formato establecido por la Directiva 2001/78/CE.

33. Los nuevos formularios fueron introducidos por el Reglamento de la Comisión (CE) núm. 1564/2005 de 7 de septiembre de 2005, cuyo empleo pasó a ser obligatorio en todos los Estados miembros de la UE desde el 1 de febrero de 2006[22]. Conforme se indicó en un comunicado de prensa[23], la introducción de los nuevos formularios forma parte de una estrategia más amplia de la UE para informatizar la contratación pública en la UE[24]. La estructura de los nuevos formularios es igual que la de la Directiva de 2001/78/CE, pero ha sido actualizada y simplificada a la luz de los nuevos elementos introducidos por las Directivas, tales como los acuerdos marco, la subasta electrónica inversa y los sistemas de compra dinámica. Los nuevos formularios facilitan notablemente la contratación por vía informática: los plazos de publicación se ven, en dicho caso, reducidos de 12 a 5 días y los plazos para la recepción de ofertas o de solicitudes para participar pueden verse reducidos por hasta 7 días[25].

34. Un documento interpretativo de la CE, sobre requisitos para el empleo de la vía electrónica en la contratación pública, explica ciertas condiciones y reglas para el empleo de los nuevos formularios[26]. Dicho documento fue publicado en inglés en julio de 2005 para facilitar la tarea de los Estados miembros de la UE al dar curso interno en su ordenamiento a las Directivas y en su texto se analizan las reglas

---

[20] Disponible en www.adb.org/Documents/Guidelines/Procurement/guidelines-April-2006.pdf y en www.adb.org/Documents/Guidelines/Consulting/consultant-guidelines-April-2006.pdf, respectivamente.

[21] Anexo XX de la Directiva 2004/17/CE y Anexo VIII de la Directiva 2004/18/CE.

[22] Los nuevos formularios están disponibles por vía electrónica en formato XML en el sitio web de SIMAP: http://simap.eu.int/.

[23] IP/05/1248 de 11 de octubre de 2005.

[24] Véase "Plan de acción para la aplicación del marco jurídico de la contratación pública electrónica", de 13 de diciembre de 2004, disponible en http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/docs/eprocurement/actionplan/actionplan_en.pdf.

[25] Véanse arts. 36 3) y 38 5) de la Directiva 2004/18/CE y arts. 44 3) y 45 3) de Directiva 2004/17/CE.

[26] Disponible en http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/e-procurement_en.htm.

aplicables a las comunicaciones informáticas y se regulan todas las etapas del procedimiento de adjudicación de un contrato susceptibles de ser informatizadas. Se explican asimismo las reglas aplicables a los nuevos elementos y técnicas de compra introducidas por las Directivas, tales como los acuerdos marco, la subasta electrónica inversa y los sistemas de compra dinámica.

35. La CE ha publicado también recientemente los siguientes documentos: i) una reglamentación detallada para la aplicación del procedimiento previsto en el artículo 30 de la Directiva 2004/17/CE (decisión de la Comisión 2005/15/CE de 7 de enero de 2005); ii) la nota por la que se explica el régimen enunciado en la Directiva 2004/18/CE concerniente al diálogo competitivo; iii) la nota explicativa del régimen enunciado en la Directiva 2004/18/CE concerniente a los acuerdos marco[27]; iv) la nota explicativa del alcance de los "derechos exclusivos o especiales" en el marco de la Directiva 2004/17/CE; y v) la nota explicativa de los "contratos que supongan más de una actividad" en el marco de la Directiva 2004/17/CE[28].

36. Entre sus iniciativas legislativas en curso de tramitación cabe citar: i) la elaboración de propuestas para enmendar las directivas por las que se definan requisitos especiales para entablar un recurso contra decisiones en materia de contratación pública (Directivas 89/665/CE y 92/13/CE) a fin de aclarar y mejorar la eficiencia del régimen actualmente aplicable al respecto; ii) la posible adopción para finales de 2006 de una comunicación concerniente a contratos no incluidos en el ámbito de las Directivas, a fin de explicar y aclarar cómo debe aplicarse la normativa legal de la UE a dichas categorías de contrato; iii) la aprobación en el curso de los próximos meses de una directiva por la que se modificarán los anexos de las dos Directivas, a fin de actualizar la lista de autoridades/entidades adjudicadoras a raíz del último proceso de ampliación; y iv) la preparación de una versión actualizada del "*Common Procurement Vocabulary*" (CPV: Vocabulario común de la contratación pública)[29].

37. El Grupo de Trabajo mantiene una estrecha relación con la CE, que se hace representar con regularidad en los períodos de sesiones del Grupo de Trabajo. Además, la secretaría de la CNUDMI consulta con regularidad a expertos de la CE en contratación pública en lo concerniente al régimen aplicado por la CE a diversas cuestiones que actualmente examina el Grupo de Trabajo, reflejando los resultados de esas consultas en las notas de la Secretaría o en sus informes verbales al Grupo de Trabajo. Las novedades legislativas de la UE en el campo de la contratación pública suelen ser asimismo notificadas con regularidad al Grupo de Trabajo por Estados miembros de la UE que participan en los períodos de sesiones del Grupo.

---

[27] Analizado en A/CN.9/WG.I/WP.44 y Add.1, presentado al Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) en su noveno período de sesiones (Nueva York, 24 a 28 de abril de 2006).

[28] Todos los documentos están disponibles en http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/index_en.htm.

[29] El vocabulario común de la contratación pública (CPV) es un sistema de clasificación único para toda la UE, establecido por el Reglamento núm. 2151/2003 (CE) a fin de normalizar las referencias utilizadas por las autoridades y entidades adjudicadoras para describir los contratos adjudicables. El CPV y su actualización propuesta están disponibles en http://europa.eu.int/ yourvoice/ipm/forms/dispatch?form=cpv&lang=en.

6. América Latina

38. Las respuestas a las consultas de la Secretaría denotan la ausencia actual de toda actividad legislativa concerniente a la contratación pública en las organizaciones regionales o subregionales de América Latina, así como la escasa importancia de la labor actual de armonización, en el ámbito regional o subregional, del régimen legal de la contratación pública. Cabe obtener información sobre toda reforma o actualización del régimen legal de la contratación pública y sobre toda medida de armonización regional de dicho régimen a través de los informes de evaluación de la contratación pública que el Banco Mundial y el BID patrocinan respecto de cada país. Las recomendaciones y los planes de acción de estos informes suelen contener propuestas para la reforma del marco legal existente.

39. Se informó a la Secretaría de que en las reformas del régimen legal de la contratación pública propuestas en estos informes rara vez se menciona la Ley Modelo. Su régimen es poco conocido y rara vez se invoca para la reforma del régimen legal de la contratación pública. A fin de dar a conocer mejor la Ley Modelo en la región de América Latina y el Caribe, tal vez convenga que la Comisión se dirija a los representantes y observadores de los Estados Miembros, así como a los BMD de esta región, para alentarles a difundir el conocimiento de su régimen en esta región, así como de la labor de revisión actual del Grupo de Trabajo a fin de que se tengan en cuenta en toda reforma del marco legal actual. Tal vez la Comisión desee también invitar a los representantes y observadores de los Estados Miembros de esta región a que presenten toda sugerencia que estimen oportuna sobre medidas eficaces que cabría adoptar en su región.

40. Las iniciativas de alcance legislativo de algunas organizaciones regionales se han centrado principalmente en la introducción de la vía electrónica y en el fomento de la participación de la pequeña y mediana empresa en la contratación pública, como reflejo del interés de los países de esta región a dicho respecto. En particular, la Agencia Interamericana para la Cooperación y el Desarrollo (AICD) de la OEA, en el marco de su lucha en pro de la transparencia y de la lucha contra la corrupción en la contratación pública, firmó una serie de acuerdos con agencias de los Estados miembros de la OEA que deseaban favorecer el recurso a la vía electrónica en la contratación pública y facilitar la transferencia de la tecnología apropiada. El primero de estos acuerdos fue firmado entre la AICD/OEA y México. Subsiguiente se concertaron acuerdos con Perú, Ecuador y Costa Rica y algunos otros países. Ahora bien, dichos proyectos no dieron el resultado previsto, por lo que fueron abandonados. Se suprimió la AICD, sustituyéndola por un nuevo departamento cuyas iniciativas más recientes conciernen al empleo de la vía electrónica, así como a la puesta en práctica de reformas legales de amparo y fomento de la pequeña empresa que faciliten su participación en la contratación pública mediante márgenes de preferencia y otras medidas.

41. La participación de la pequeña y mediana empresa en la contratación pública no ha sido señalada como tema aparte para su eventual examen por el Grupo de Trabajo. El Grupo de Trabajo ha examinado los intereses peculiares de la pequeña y mediana empresa en lo concerniente al empleo de la vía electrónica en general y en el recurso a la subasta electrónica inversa en particular y cabe prever que volverá a considerar esos intereses al abordar temas como el de los acuerdos marco, las listas de proveedores y el empleo de la contratación pública al servicio del fomento industrial y de otros intereses socioeconómicos o medioambientales.

B. Transparencia y lucha contra la corrupción en la contratación pública

42. Durante los últimos años ha habido más de una iniciativas y se ha preparado más de un instrumento multilateral al servicio de la cooperación internacional en la lucha contra el fraude y la corrupción, en donde son frecuentes las referencias a la contratación pública. En las subsecciones siguientes no se intentará informar exhaustivamente al respecto sino dar algunos ejemplos a título ilustrativo (véase también el párr. 40 *supra*).

1. Instrumentos internacionales: Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción[30]

43. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada por la Asamblea General en octubre de 2003, entró en vigor el 14 de diciembre de 2005. Varias de sus disposiciones hablan de la contratación pública. El párrafo 1 de su artículo 9 se refiere explícitamente a la misma. A tenor de dicho artículo, cada Estado Parte estará obligado a adoptar las medidas necesarias para establecer sistemas de contratación pública transparentes y competitivos en los que las decisiones se adopten en función de criterios objetivos y eficaces que permitan, entre otras cosas prevenir la corrupción. Esos sistemas deberán además prever: a) la difusión pública de información relativa al proceso de adjudicación y al contrato adjudicado, así como a la solicitud de oferta y a todo dato concerniente al procedimiento de adjudicación dándose un margen suficiente a los concursantes para que preparen y presenten sus ofertas; b) la formulación previa de las condiciones de participación, así como de los criterios de selección de adjudicación utilizables y de las reglas de procedimiento que se hayan de seguir, publicándolas por adelantado; c) la aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones concernientes a la contratación pública, que faciliten toda verificación ulterior de la observancia de las reglas del procedimiento seguido; d) una vía de recurso interno eficaz, complementada por una vía de recurso judicial contra el incumplimiento de alguna regla o procedimiento estatuido; y e) cuando proceda, la reglamentación de ciertas cuestiones concernientes al personal encargado de la contratación pública, obligándole a declarar todo interés particular que pueda tener en el contrato adjudicado, y prescribiendo ciertos requisitos de aptitud profesional y medidas cautelares que se hayan de seguir para su selección y supervisión.

44. La Convención ha previsto ciertos mecanismos para su puesta en práctica a través de la Conferencia de los Estados Parte en la Convención. La Conferencia dispondrá de los servicios de una secretaría, que se encargará en particular de coordinar la labor de las organizaciones internacionales y regionales pertinentes en orden a la puesta en práctica de la Convención.

45. La secretaría de la CNUDMI se ha puesto en contacto con representantes de la secretaría de la Conferencia (la UNODC actúa en calidad de tal)[31], en lo concerniente a toda la labor conjunta eventual encaminada a la puesta en práctica de

---

[30] Resolución 58/4 de la Asamblea General, anexo.

[31] Véase *ibid.*, párr. 8.

las disposiciones concernientes a la contratación pública de dicha Convención, mediante medidas legislativas y actividades de asistencia técnica. Para comenzar, la secretaría de la CNUDMI comunicó a la UNODC los resultados de su cotejo del régimen de la Convención y de la Ley Modelo, indicando que, pese a que la Ley Modelo solo se ocupa de la corrupción en su artículo 15, su texto reflejaba en gran medida lo dispuesto en la Convención respecto de la contratación pública. Se señalaron también ciertas discrepancias, particularmente en lo concerniente a los requisitos del apartado e) del párrafo 1 del artículo 9 de la Convención concernientes a los conflictos eventuales de intereses y al procedimiento de selección y formación del personal encargado que no están previstos en la Ley Modelo. La Secretaría no dejará de señalar afortunadamente todas las discrepancias entre lo dispuesto en la Convención y en la Ley Modelo para que el Grupo de Trabajo las examine en el contexto de su examen global de la Ley Modelo.

2. Otras iniciativas

46. Algunas organizaciones internacionales, de índole tanto gubernamental como no gubernamental, han abordado diversos aspectos de la contratación pública en su labor destinada a prevenir la corrupción, el fraude y otras actuaciones deshonestas en el sector público. Cabe citar al respecto que la mayoría de los donantes multilaterales han adoptado políticas de lucha contra la corrupción aplicables a su labor de asistencia al servicio del desarrollo, que conciernen en particular a la contratación pública. Algunos de esos donantes están actualmente revisando su política de asistencia al desarrollo para dotarla de mayor eficacia frente a la corrupción en general y frente a la corrupción en la contratación pública en particular[32]. Las estrategias actuales encaminadas a la reducción de la pobreza, elaboradas en colaboración con entidades o países donantes, prevén medidas de fomento de la transparencia y de prevención de la corrupción en la contratación pública. Las organizaciones no gubernamentales internacionales que luchan contra la corrupción han preparado también documentos de índole informativa y orientadora destinados a prevenir la corrupción en la contratación pública[33].

47. Algunas organizaciones internacionales han puesto en marcha reformas de gestión interna que prevén, entre otras cosas, la revisión de sus propios reglamentos de contratación a fin de favorecer la transparencia y dotarles de mayor eficacia frente a la corrupción, el fraude y otras actuaciones deshonestas.

---

[32] Véase, por ejemplo, el párr. 29 *supra* en lo concerniente a la revisión de los principios no vinculantes de la contratación pública de la APEC. El Banco Asiático de Desarrollo (BAD) ha revisado también su política con miras a dotar de mayor eficacia a sus actividades de desarrollo, particularmente a lo concerniente a la transparencia y responsabilidad de la contratación pública y prácticas contra la corrupción.

[33] Véase, por ejemplo, la labor de *Transparency International* contra la corrupción en la contratación pública, en www.transparency.org.uk/pcoat.htm, centrada en los contratos de defensa, de obras y la ayuda prestada para el desarrollo, por ser esferas muy propensas a la corrupción, así como sus documentos y directrices concernientes a la contratación pública, por ejemplo "*Preventing corruption on construction projects: Risk assessment and proposed actions for banks, export credit agencies, guarantors and insurers*" de marzo de 2005. Estudia también cuestiones de inhabilitación, contratación pública local y acceso a la información.

48. En su sexto período de sesiones (Viena, 30 de agosto a 3 de septiembre de 2004), el Grupo de Trabajo examinó expresamente la cuestión de la impugnabilidad de toda actuación fraudulenta o corrupta en la contratación pública y señaló que esa sería una de las cuestiones que habrían de abordarse al revisar la Ley Modelo y su Guía[34]. El Grupo de Trabajo entró subsiguientemente a examinar a fondo la cuestión de la transparencia en la contratación pública.

C. La contratación pública en el marco de la eficacia de la ayuda al desarrollo

49. La labor descrita en la sección anterior guarda cierta relación con la labor de las organizaciones internacionales destinada a dotar de mayor eficacia la ayuda prestada a los países destinatarios, particularmente en el marco de la contratación pública y de su reforma eventual. En las subsecciones siguientes se dará una información ilustrativa de las principales novedades al respecto, que no pretende ser en modo alguno exhaustiva.

1. Labor de diagnóstico

50. La Declaración de París sobre Eficacia de la Ayuda al Desarrollo, de 2 de marzo de 2005[35], pide que se alineen progresivamente las reglas, directrices y prácticas en materia de contratación pública de las instituciones y países donantes con las de los países destinatarios de la ayuda, siempre que estos países cumplan con las normas reconocidas en el ámbito internacional[36]. A fin de determinar la conformidad del régimen interno de la contratación pública de esos países con dichas normas y a fin de evaluar las mejoras introducidas en los regímenes internos, cierto número de países destinatarios y donantes participan, a raíz de su compromiso asumido en la Declaración de París, en el desarrollo de un marco armonizado para la labor de diagnóstico y de evaluación de los resultados[37].

51. Bajo el patrocinio del Grupo de Trabajo sobre eficacia de la ayuda al desarrollo del Comité de Asistencia para el Desarrollo (CAD) de la OCDE, se ha constituido un grupo conjunto para supervisar la observancia de la Declaración de París en la contratación pública y para favorecer el logro de sus metas en lo concerniente a la contratación pública. Dicho grupo parte de la labor ya efectuada por la Mesa redonda Banco Mundial-CAD/OCDE sobre mejora de la contratación pública en los países en desarrollo (2003 a 2004), dio lugar a la preparación, para su puesta en práctica, de un juego integrado de monografías sobre prácticas

---

[34] Véase el informe del Grupo de Trabajo I (Contratación pública) sobre la labor de su sexto período de sesiones (A/CN.9/568), párr. 11.

[35] Véase www.aidharmonization.org/.

[36] Véanse los indicadores concernientes a la contratación pública de la Declaración de París Declaración: 2b -establecimiento de sistemas fiables de contratación pública y 5b- utilización por los donantes de esos sistemas.

[37] Los países receptores y donantes se han comprometido a utilizar normas y procesos mutuamente convenidos para llevar a cabo diagnósticos del estado actual de la contratación pública, definir medidas que mejoren su eficiencia, introducir reformas sostenibles y supervisar la observancia.

recomendables para el desarrollo y la normalización de la contratación pública, mediante la adopción de escalas normalizadas de valoración y supervisión[38].

52. La primera reunión de dicho grupo conjunto, a la que asistieron tanto Estados como BMD, la OSIA del PNUD y el Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo (GNUD), así como otras entidades internacionales y regionales, y algunas entidades nacionales, se celebró del 8 al 10 de febrero de 2006. La reunión aceptó el plan de trabajo del grupo conjunto para 2006-2008[39], que prevé entre otras cosas el desarrollo de una escala de valoración y de una metodología para la definición de bases de valoración y medidas de cotejo con las metas e indicadores de París para la contratación pública. La reunión examinó asimismo un proyecto de guía para la evaluación de los sistemas de contratación pública que favorecería la coherencia en la valoración de los sistemas de contratación nacionales y facilitaría el cotejo de los resultados con los criterios o escalas de valoración propuestos. Dicho proyecto de guía está basado en los indicadores y subindicadores de base (de punto de partida) propuesto por la Mesa redonda Banco Mundial-CAD/OCDE (los "indicadores de base (BLI)"). El proyecto de guía imparte orientación adicional sobre el empleo de los BLI y se está perfilando mejor la definición de algunos BLI a fin de minimizar toda duplicación o ambigüedad y de colmar lagunas[40].

53. Cabe esperar que la próxima reunión de dicho grupo conjunto, prevista para diciembre de 2006, examine la versión revisada del futuro instrumento. Entre las cuestiones pendientes cabe citar la formulación de definiciones claras de "normas internacionales", "normas reconocidas", y "buenas prácticas internacionales" y que se actualice la definición de los indicadores de base (BLI). Se sugiere asimismo que se definan indicadores de resultados conexos, ya que los BLI no dan indicación alguna de la calidad de un sistema de contratación.

54. El grupo conjunto ha reconocido la necesidad de entablar nuevas consultas con los países y las entidades interesadas en la contratación pública para cerciorarse de que dicho instrumento de valoración será aceptado. A dicho respecto, tal vez la

---

[38] Véase CAD *Guidelines and Reference Series-Harmonizing Donor Practices for Effective Aid delivery, Volume 3, "Strengthening Procurement Capacities in Developing Countries,"* Mesa Redonda CAD/OCDE sobre contratación pública. Disponible en www.oecd.org/dataoecd/12/14/34336126.pdf.

[39] La versión revisada del plan de trabajo, con fecha de 26 de enero de 2006 está disponible en www.oecd.org/dataoecd/15/6/36233324.pdf.

[40] En el proyecto de guía, los indicadores BLI están agrupados como sigue: marco jurídico y reglamentario, marco institucional y capacidad de gestión, operaciones de contratación y prácticas del mercado, y criterios de integridad y transparencia en la contratación pública. Respecto de cada subindicador, se destaca el aspecto clave o la norma aplicable y se describen cuatro grados de observancia con la norma establecida. Cada uno lleva una puntuación de 3 a 0. Adicionando conforme a ciertas reglas la puntuación de cada subindicador se obtiene una puntuación global para el indicador correspondiente. Con arreglo al sistema de puntuación S1 aplicable a los subindicadores interdependientes, de no alcanzarse la puntuación requerida respecto de uno solo de los subindicadores tampoco se alcanzará la puntuación requerida para el indicador en su conjunto, ya que la puntuación del indicador será la puntuación más baja registrada respecto de cada uno de sus subindicadores. Con arreglo al sistema de puntuación S2, aplicable cuando los subindicadores son independientes unos de otros, las puntuaciones son promediadas y redondeadas al número entero más próximo. Los dos anexos del proyecto de guía enuncian buenas prácticas de licitación (Anexo 1) y sugieren la información mínima que deberá facilitarse en los documentos para la licitación (Anexo 2).

Comisión desee tomar nota del interés que pueda tener la labor del grupo conjunto, formado por la OCDE, para la labor del Grupo de Trabajo, especialmente en lo concerniente a la definición de normas y buenas prácticas internacionales en la esfera de la contratación pública. Tal vez proceda que la Comisión exprese el deseo de que el grupo conjunto tenga en cuenta, al formular sus definiciones de "normas internacionales", "normas reconocidas", y "buenas prácticas internacionales", la normativa enunciada en la Ley Modelo de la CNUDMI y la labor actual del Grupo de Trabajo. Puede que la Comisión desee también tomar nota de la importancia de la labor del grupo conjunto para la labor de la dependencia de asistencia técnica y coordinación de la secretaría de la CNUDMI que se encarga de prestar asistencia técnica a los órganos encargados de la preparación y puesta en práctica de reformas legislativas en el campo del derecho mercantil internacional, y particularmente en la esfera de la contratación pública. Quizá proceda, por ello, que la Comisión dé a conocer su deseo de una mayor colaboración y coordinación entre el grupo conjunto, formado por la OCDE y la secretaría de la CNUDMI, sugiriendo tal vez que la secretaría de la CNUDMI participe en la labor del grupo conjunto.

2. Otros esfuerzos de armonización

55. A raíz de la Declaración de Roma de 2003 sobre Armonización[41] y de la Declaración de París de 2005 sobre Eficacia de la Ayuda al Desarrollo, cierto número de donantes multilaterales se han esforzado por armonizar sus políticas, procedimientos y directrices aplicables a la ayuda prestada para el desarrollo[42]. Dicha labor de armonización ha sido emprendida también por la UNCTAD en colaboración con el Centro de Comercio Internacional de la OMC y el GNUD[43], así como por diversos BMD[44].

56. Además de lo ya descrito en esta nota (véase en particular la sección A.2), la labor conjunta emprendida por los BMD en orden a la armonización de su política en materia de contratación, se lleva a cabo a través de reuniones periódicas de los jefes de contratación de dichos bancos[45]. La armonización de los documentos para la presentación de ofertas, así como de las directrices y las mejores prácticas aplicables constituye una de las principales tareas emprendidas por los BMD. En la guía del usuario y el juego más reciente de formularios, completados en mayo de 2005, figuran formularios para la presentación de ofertas, junto con la guía para la adjudicación de obras[46].

---

[41] Disponible en www1.worldbank.org/harmonization/romehlf/Documents/ RomeDeclaration.pdf.

[42] Con arreglo a la Declaración de Paris, los donantes se comprometieron a respetar los sistemas nacionales de contratación a medida que se vayan introduciendo normas y procesos mutuamente convenidos, y a adoptar enfoques armonizados cuando el sistema de un país no cumpla con las normas mutuamente convenidas o cuando un donante no recurra al sistema interno.

[43] Véase, por ejemplo, el manual conjunto del Banco Mundial, CCI, FMI, OMC, PNUD y de la UNCTAD titulado "*Integrated framework (IF) for trade-related technical assistance for least developed countries,*" documento UNCTAD/LDC/2005/2, de 1 de julio de 2005.

[44] Véase, por ejemplo, el anterior párr. 23 sobre la revisión del Reglamento de contratación del BAfD.

[45] La reunión anual más reciente se celebró en Manila (Filipinas) del 13 al 16 de febrero de 2006.

[46] Los juegos anteriores, con fecha de mayo de 2004, contenían formularios normalizados para: solicitudes de propuestas (así como contratos modelo); documentos de precalificación y guía del usuario para la adjudicación de obras públicas; documentos de licitación para la adjudicación de

3. Importancia para la labor del Grupo de Trabajo

57. La escala de valoración y las normas internacionales de la contratación pública propuestas por la Mesa Redonda Banco Mundial-CAD/OCDE han sido señaladas a la atención del Grupo de Trabajo en todo supuesto en que se estimaron de interés para su labor, y la secretaría de la CNUDMI seguirá informando de toda modificación a dichas normas y escalas de valoración que vaya introduciendo el grupo conjunto (véanse párrs. 50 a 54 *supra*).

58. Además, los representantes de las instituciones de desarrollo, que asisten a las sesiones del Grupo de Trabajo, le informan con regularidad de las prácticas de contratación locales y de las cuestiones suscitadas en la aplicación de los regímenes y reglamentos de la contratación pública, y del régimen de la Ley Modelo, en el contexto de la ayuda prestada al desarrollo. La inclusión, en el programa del Grupo de Trabajo, del tema de la participación de las comunidades locales en la contratación pública se hizo principalmente a instancia de dichas instituciones de desarrollo. El Grupo de Trabajo se ha beneficiado también de las contribuciones de las instituciones de desarrollo en lo concerniente al tema del acceso de la pequeña y mediana empresa a la contratación pública así como en lo concerniente a la contratación pública transfronteriza, lo que dio lugar a que el Grupo de Trabajo sugiriera ciertas revisiones al respecto de la Ley Modelo y de su Guía.

59. La Comisión tal vez desee agradecer a todas esas instituciones que han apoyado hasta ahora la labor del Grupo de Trabajo, insistiendo en la importancia de que toda institución de desarrollo, de ámbito internacional, regional y subregional, que haya contribuido a la puesta en práctica de reformas de la contratación pública, siga aportando los frutos de su experiencia a la labor emprendida a dicho respecto por el Grupo de Trabajo. La Comisión tal vez desee invitar a todas las organizaciones internacionales interesadas a que aprovechen el foro ofrecido por el Grupo de Trabajo para buscar una solución para las dificultades que hayan experimentado en la puesta en práctica de las normas actualmente aplicables a la contratación pública, pidiéndoles además que señalen a la atención del Grupo de Trabajo toda nueva dificultad que vaya surgiendo a dicho respecto. Además de los beneficios dimanantes de la puesta en común de conocimientos prácticos y periciales, cabe prever que esa colaboración contribuya también a la armonización de la normativa legal aplicable a la contratación pública, al dar a conocer mejor la Ley Modelo y difundir información sobre la labor actual del Grupo de Trabajo entre un público más amplio.

---

contratos de bienes (revisados en mayo de 2005); documentos de licitación y contratos de obras (de menor cuantía). Todo ello disponible en el sitio web del Banco Mundial.

(A/CN.9/598/Add.2)

Actividades que están desarrollando las organizaciones internacionales en relación con la armonización y unificación del derecho relativo a las garantías reales

Índice

		Párrafos
I.	Introducción	1-2
II.	Armonización y unificación del derecho relativo a las garantías reales	3-45
	A. CNUDMI	3-5
	B. UNIDROIT	6-25
	1. Proyecto de convenio sobre el régimen sustantivo aplicable en materia de valores bursátiles intermediados	6-17
	2. Principios y normas sobre el comercio de valores en los mercados incipientes	18
	3. Proyecto de ley modelo sobre arrendamiento con opción de compra (*leasing*)	19-23
	4. Protocolos del Convenio de Ciudad del Cabo	24-25
	C. Conferencia de La Haya	26
	D. BERD	27
	E. Comisión Europea	28-35
	1. Las directivas sobre arreglos colaterales financieros, la lucha contra la morosidad y la firmeza de la liquidación	28
	2. Propuesta para la regulación del derecho aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)	29-35
	F. OEA	36-38
	G. OMPI	39-43
	H. Banco Mundial	44-45

I. Introducción

1. En su 33º período de sesiones en 2000, su 37º período de sesiones en 2004 y su 38º período de sesiones en 2005, la Comisión examinó la coordinación entre las organizaciones internacionales en materia de garantías reales, sobre la base de las notas preparadas por la Secretaría (A/CN.9/475, A/CN.9/565 y A/CN.9/584, respectivamente). La presente nota actualiza la información contenida en dichas notas. Se centra en las actividades de las organizaciones internacionales, iniciadas principalmente desde 2000, a fin de elaborar instrumentos de derecho mercantil internacional armonizados y unificados, en información disponible públicamente y asimismo, en la medida de lo posible, en consultas con las organizaciones que se citan.

2. En el presente informe se describe la labor de las siguientes organizaciones:

a) Órganos y organismos especializados de las Naciones Unidas:

OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual

b) Otras organizaciones intergubernamentales:

BERD	Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo
Comisión Europea	Comisión de la Unión Europea
Conferencia de La Haya	Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado
OEA	Organización de los Estados Americanos
UNIDROIT	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado
Banco Mundial	Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento

II. Armonización y unificación del derecho relativo a las garantías reales

A. CNUDMI[1]

3. Reconociendo la importancia del acceso a un crédito asequible para el crecimiento económico y el comercio internacional, la Comisión, en su 34º período de sesiones, en 2001, estableció un Grupo de Trabajo sobre garantías reales a fin de que elaborase un marco jurídico flexible y eficaz para el crédito con garantía[2]. En su 35º período de sesiones en 2002, la Comisión confirmó el mandato dado al Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) y afirmó que ese mandato debía interpretarse

[1] www.uncitral.org.
[2] Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/55/17), párr. 459.

en un sentido amplio a fin de obtener un resultado debidamente flexible, que revistiera la forma de una guía legislativa[3]. El Grupo de Trabajo, en el contexto del mandato dado por la Comisión, decidió ampliar el ámbito del proyecto de guía legislativa ("el proyecto de guía") a los créditos por cobrar, productos de cartas de crédito, cuentas bancarias, documentos negociables, títulos negociables y derechos de propiedad intelectual[4].

4. Hasta la fecha, el Grupo de Trabajo ha celebrado nueve períodos de sesiones y ha elaborado capítulos sobre objetivos clave, ámbito, métodos de garantía, creación, eficacia frente a terceros, prelación, ejecución, insolvencia, financiación de compras, conflicto de leyes y transición[5]. Además, celebró dos períodos de sesiones conjuntos con el Grupo sobre el Régimen de la Insolvencia de la CNUDMI (que estaba elaborando y ha terminado ahora la guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia) a fin de examinar el capítulo sobre la insolvencia del proyecto de guía[6].

5. El Grupo de Trabajo ha colaborado también estrechamente con la Conferencia de La Haya en la formulación del capítulo sobre conflicto de leyes del proyecto de guía. Además, ha coordinado su labor con UNIDROIT, que está preparando un texto sobre valores bursátiles intermediados (véanse los párrafos 6 a 16) y con el Banco Mundial, que ha terminado un conjunto de principios para los regímenes de insolvencia efectiva y los derechos del acreedor.

B. UNIDROIT[7]

1. Proyecto de convenio sobre el régimen sustantivo aplicable en materia de valores bursátiles intermediados

6. UNIDROIT prepara actualmente un proyecto de convenio sobre el régimen sustantivo aplicable en materia de valores depositados en poder de un intermediario ("el proyecto de Convenio"). La primera y segunda reuniones del comité de expertos gubernamentales se celebraron en Roma del 9 al 20 de mayo de 2005 y del 6 al 14 de marzo de 2006, respectivamente. Se prevé celebrar una tercera reunión en noviembre de 2006.

7. En la segunda reunión de expertos gubernamentales se convino en que las dos secretarías cooperasen e informasen a sus órganos respectivos sobre las cuestiones de interés común y, en particular, sobre el tratamiento del producto de los valores bursátiles intermediados que adoptaran la forma de bienes comprendidos en el ámbito del proyecto de guía, o del producto de los bienes comprendidos en el

---

[3] Quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/57/17), párr. 204.

[4] Quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/57/17), párr. 222.

[5] Véase www.uncitral.org for reports of the Working Groups (A/CN.9/512, A/CN.9/531, A/CN.9/532, A/CN.9/543, A/CN.9/549, A/CN.9/570, A/CN.9/574, A/CN.9/588 y A/CN.9/593).

[6] Quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/58/17), párr. 217. Véanse en www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/5Insolvency.html los informes A/CN.9/535 y A/CN.9/550 sobre los períodos de sesiones conjuntos del Grupo de Trabajo sobre garantías reales y del Grupo de Trabajo sobre el régimen de la insolvencia.

[7] www.unidroit.org.

ámbito del proyecto de guía que adoptaran la forma de valores bursátiles intermediados.

8. Tal vez desee la Comisión tomar nota de que los valores bursátiles (en general, no los intermediados que son objeto del proyecto de Convenio) quedan excluidos del ámbito del proyecto de guía, como bienes gravados originarios[8]. No obstante, esos valores pueden verse afectados por las recomendaciones del proyecto de guía en dos supuestos.

9. En primer lugar, si una garantía real sobre valores bursátiles respalda un crédito por cobrar, título negociable u otra obligación y se cede ese crédito o se crea una garantía real sobre el título negociable o la obligación, se creará automáticamente una garantía real sobre los valores, automáticamente oponible también a los terceros. Esta norma no afecta a los requisitos sobre derechos, prelación o ejecución frente a terceros en virtud de la legislación de valores[9]. Por ejemplo, con arreglo al proyecto de convenio, una garantía real sobre valores bursátiles intermediados que se haya hecho válida frente a terceros mediante una anotación o un control con arreglo al régimen de valores gozará de prelación sobre una garantía concurrente hecha efectivo en virtud de otra legislación[10].

10. Además, los valores bursátiles pueden verse afectados por las recomendaciones del proyecto de guía si constituyen el producto de un bien comprendido en ese proyecto (por ejemplo existencias o fondos en una cuenta bancaria). La garantía real constituida sobre los bienes originariamente gravados seguirá existiendo sobre el producto[11], y no hará falta un acto separado para que pueda oponerse a terceros[12].

11. A fin de reflejar mejor el hecho de que los valores bursátiles y otros bienes no comprendidos en el ámbito del proyecto de guía pudieran verse afectados por esta, la Secretaría sugirió que tal vez el Grupo de Trabajo deseara examinar si una exclusión limitada que dejara los valores bursátiles fuera del proyecto de guía solo cuando hubiera una legislación especial no resultaría más adecuada que una exclusión absoluta también en el caso de que no hubiera ninguna legislación especial, dando lugar así a una laguna legislativa[13].

12. Si el Grupo de Trabajo adoptara ese enfoque, habría que preservar métodos distintos de la inscripción para lograr la efectividad frente a terceros (por ejemplo, una anotación en libros o un acuerdo de control) y quizá fuera necesario añadir una recomendación que salvaguardara la prelación de las garantías oponibles a terceros por alguno de esos métodos especiales.

13. Tal criterio sería coherente con el adoptado en el proyecto de guía respecto de los accesorios fijos de bienes inmuebles sujetos a inscripción en un registro especializado o anotados en un certificado de titularidad. Con arreglo a este criterio, toda garantía real de esa índole quedará subordinada a cualquier otra garantía real

---

[8] Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7, recs. 4 a) y b).
[9] Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26, rec. 16.
[10] Ése será el resultado de conformidad con los arts. 5 3) y 10 1) del proyecto de Convenio. Véase Study LXXVIII-Doc. 42, marzo de 2006.
[11] A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recs. 29 y 30.
[12] Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recs. 41 y 41 *bis*.
[13] Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7, nota a la rec. 3 g).

constituida sobre el bien inmueble o mueble pertinentes sujeta a inscripción en un registro especializado o anotable en un certificado de titularidad, salvo si ha sido inscrita antes en el registro de la propiedad o registro especializado, o anotada en el correspondiente certificado, según sea el caso[14].

14. Además, tal enfoque sería coherente con el del párrafo 1 del artículo 6 del proyecto de Convenio, en virtud del cual toda garantía real sobre valores bursátiles (como bien gravado originario o como producto) que se haya hecho válida frente a terceros con arreglo al proyecto de Convenio gozará de prelación sobre toda garantía real que se haya hecho así oponible con arreglo al derecho aplicable al margen del proyecto de Convenio (por ejemplo, una ley basada en las recomendaciones del proyecto de guía). La razón de ser de este enfoque es que el sistema basado en la anotación en libros o en el acuerdo de control previstos en el proyecto de convenio no sería fiable si una garantía real sobre valores bursátiles intermediados, constituida y perfeccionada con arreglo a otro derecho tuviera prioridad sobre una garantía real dotada de validez frente a terceros con arreglo al proyecto de Convenio.

15. Por otra parte, ese enfoque evitaría que se excluyeran del ámbito de aplicación del proyecto de guía los valores que obraran directamente en poder de su titular, siempre que no estuvieran sujetos a ningún régimen especial (ni siquiera el proyecto de Convenio del UNIDROIT se aplica a los valores en poder de sus titulares). De esa forma, no habría laguna legal con respecto, por ejemplo, a las garantías reales sobre acciones de una filial que estuvieran en poder de la sociedad matriz, garantías que intervienen en muchas operaciones de préstamo mercantil.

16. Una cuestión diferente es la de la ley aplicable al producto de valores bursátiles comprendidos en el ámbito del proyecto de guía (por ejemplo, si los valores se venden y el producto se deposita en una cuenta bancaria). Parece que, si el producto de las cuentas bancarias en forma de valores quedara sujeto a la ley por la que se rijan estos, el producto de los valores en forma de fondos en una cuenta bancaria debería quedar sujeto a la ley que regulara las garantías reales sobre fondos acreditados en cuentas bancarias, al menos con respecto a su efectividad, prelación y ejecución frente a terceros. Este enfoque parece compatible con el seguido en el proyecto de Convenio, dado que, si el acreedor garantizado ha logrado un acuerdo de control, el titular de la cuenta no podrá enajenar ni gravar los valores sin el consentimiento de ese acreedor. Si éste no ha llegado a un acuerdo de control, o ha autorizado la enajenación o gravamen de los valores por el titular de la cuenta, no podrá hacer valer su prelación sobre otro acreedor asegurado con una garantía real sobre el producto de la enajenación de los valores acreditados en la cuenta bancaria. Como éste es el resultado de las consultas mantenidas con expertos conocedores del proyecto de Convenio, deberá ser examinado y confirmado.

17. Tal vez desee la Comisión tomar nota de la cuestión y pedir al Grupo de Trabajo que presente sus propuestas con el resto del proyecto de guía, que se prevé sea aprobado por la Comisión en su 40º período de sesiones, en 2007.

---

[14] Véase A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recs. 46, 46 *bis*, 82, 83, 84 y 84 *bis*.

2. Principios y normas sobre el comercio de valores en los mercados incipientes

18. UNIDROIT prepara un instrumento sobre principios y normas para fomentar el comercio de valores en los mercados incipientes. Se prevé que la labor, en grupos de trabajo descentralizados, comenzará en 2006.

3. Proyecto de ley modelo sobre arrendamiento con opción de compra (*leasing*)

19. UNIDROIT está iniciando, en colaboración con la Corporación Financiera Internacional, la preparación de un proyecto de ley modelo sobre arrendamiento con opción de compra ("el proyecto de Ley Modelo"), orientada en particular a ayudar a los países en desarrollo y de economías en transición. Una junta consultiva especial ha celebrado ya tres períodos de sesiones en Roma (el primero los días 17 y 18 de octubre de 2006, el segundo los días 6 y 7 de febrero de 2006 y el tercero del 3 al 5 de abril de 2006). En su tercer período de sesiones, la junta consultiva examinó el segundo anteproyecto de Ley Modelo[15], así como las observaciones y sugerencias de la secretaría de la CNUDMI, a fin de evitar duplicaciones y conflictos entre la Ley Modelo y el proyecto de guía[16].

20. Esas duplicaciones y conflictos entre el proyecto de Ley Modelo y el proyecto de guía son consecuencia de que ambos textos regulan el arrendamiento con opción de compra con fines de garantía (es decir, el arrendamiento financiero), dándole diferente tratamiento[17]. Por ejemplo, como resultado de los artículos 1 y 3 del proyecto de Ley Modelo, la inscripción se regiría de hecho por la ley del Estado en donde se encuentre el bien gravado/arrendado, la ley del Estado donde el otorgante/arrendatario tenga sus principales intereses, o la ley del Estado por cuyo derecho se rija el acuerdo de garantía/arrendamiento. Ese resultado sería incompatible con la recomendación 136 del proyecto de guía[18], según la cual el derecho aplicable a la constitución, la eficacia frente a terceros (incluida la inscripción) y la prelación de una garantía real (incluido el derecho de arrendamiento financiero) sobre bienes muebles sería la legislación del Estado en que se encontrara ubicado el bien gravado/arrendado (con excepción de los arrendamientos de equipo móvil y de los de bienes muebles sometidos a inscripción de titularidad[19]).

21. En el tercer período de sesiones de la junta consultiva, celebrado en abril de 2006, se indicó que las notas sobre la ejecución podrían ser la forma de tratar el conflicto de la Ley Modelo con las actuales leyes de operaciones garantizadas que consideran los arrendamientos financieros como operaciones de esa índole, así como con las leyes de los países que adopten las recomendaciones del proyecto de guía en el futuro[20]. Es dudoso que ello sea suficiente. Lo que es más importante,

---

[15] Véase UNIDROIT 2006, Study LIXA-Doc. 6, marzo de 2006.

[16] Véase UNIDROIT 2006, Study LIXA-Doc.7, marzo de 2006.

[17] Véase UNIDROIT 2006, Study LIXA-Doc.8, art.1, así como A/CN.9/WG/VI/WP.26/Add.7, rec. 3 c) y e), y la definición de "garantía real de la adquisición" en A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5.

[18] Véase A/CN.9/WG.VI/WP.24.

[19] Véase A/CN.9/WG.VI/WP.24. Véanse más ejemplos de conflictos entre los dos textos en UNIDROIT 2006, Study LIXA-Doc.7, marzo de 2006, Observaciones de la secretaría de la CNUDMI.

[20] Véase, por ejemplo, UNIDROIT 2006, Study LIXA-Doc.9, observación 3 al artículo 2, observación C al artículo 3, observación B al artículo 7.

ese enfoque no evitaría la preocupación de que una ley especial que abarcara los arrendamientos financieros, es decir, las operaciones que cumplieran funciones de garantía, pudiera apartarse del enfoque recomendado en el proyecto de guía en el sentido de que los países deberían adoptar una ley que regulara sistemática y ampliamente todas las operaciones que cumplen esas funciones.

22. Se prevé que el proyecto de Ley Modelo se presentará al Consejo Directivo de UNIDROIT en la reunión que celebrará en Roma del 8 al 11 de mayo de 2006, para que examine la línea de actuación más adecuada. Se prevé también que la secretaría de UNIDROIT recomendará que el proyecto de Ley Modelo se presente a los gobiernos para su terminación en una conferencia especial que se celebrará en octubre de 2006, y luego a un período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de UNIDROIT que se celebrará en Roma del 27 al 29 de noviembre de 2006[21].

23. Tal vez desee la Comisión examinar la cuestión y recomendar que el proyecto de Ley Modelo excluya los arrendamientos financieros o, si los incluye: i) se limite a las cuestiones contractuales, o ii) se remita a la ley de las operaciones garantizadas, o iii) se armonice con las recomendaciones del proyecto de guía.

4. Protocolos del Convenio de Ciudad del Cabo

24. UNIDROIT, juntamente con la Organización Intergubernamental para el Transporte Internacional por Ferrocarril (OTIF)[22], está terminando el segundo Protocolo al Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil (Ciudad del Cabo, 16 de noviembre de 2001)[23], que trata de las cuestiones específicas del material rodante ferroviario (el proyecto de Protocolo ferroviario). El Grupo de tareas sobre registro ferroviario creado para preparar un sistema de registro internacional y los aspectos conexos presentó el proyecto de Protocolo ferroviario al Consejo de Administración del UNIDROIT en abril de 2005. El Protocolo se presentará a una conferencia diplomática para su aprobación, en un futuro próximo.

25. Se está elaborando un tercer protocolo al Convenio de Ciudad del Cabo, que trata de las cuestiones específicas de los bienes espaciales (anteproyecto de Protocolo al Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, sobre cuestiones específicas de los bienes espaciales). El comité de expertos gubernamentales prevé celebrar su tercer período de sesiones en Roma, en septiembre/octubre de 2006. Se están considerando también otros protocolos que podría ocuparse del equipo agrícola y de construcción.

---

[21] Véase UNIDROIT 2006, Study LIXA-Doc.9, labor futura.

[22] www.otif.org.

[23] La Convención entró en vigor el 1 de abril de 2004. El UNIDROIT ejerce funciones de depositario en virtud del Convenio de Ciudad del Cabo y su protocolo relativo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico (Ciudad del Cabo, 16 de noviembre de 2001) ("el Protocolo del equipo aeronáutico"). En calidad de tal, supervisa el funcionamiento del Registro internacional de equipo aeronáutico previsto en el Protocolo correspondiente.

C. Conferencia de la Haya[24]

26. En 2005 se publicó una edición comercial del Informe explicativo del Convenio sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en un intermediario. Ese informe ofrece las explicaciones más autorizadas y amplias sobre el Convenio y puede consultarse en la página web de la Conferencia de La Haya[25]. Esta sigue trabajando en estrecha colaboración con la CNUDMI en relación con el capítulo sobre conflicto de leyes del proyecto de guía.

D. BERD[26]

27. En 2004, en el contexto de su labor sobre la modernización de la legislación sobre las operaciones garantizadas, el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo publicó los Principios rectores para la creación de un registro de gravámenes[27].

E. Comisión Europea[28]

1. Las directivas sobre arreglos colaterales financieros, la lucha contra la morosidad y la firmeza de la liquidación

28. El 6 de junio de 2002, la Comisión Europea publicó una Directiva sobre arreglos colaterales financieros, para mejorar la certidumbre jurídica de esos arreglos[29]; el 29 de junio de 2000 una Directiva por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las transacciones comerciales[30], y en mayo de 1998 una Directiva sobre firmeza de la liquidación[31]. La Secretaría recibió observaciones y sugerencias oficiosas del Banco Central Europeo acerca de la relación entre las recomendaciones de la Guía sobre cuentas bancarias y esas directivas. La conclusión parece ser que no existe contradicción entre ellas[32].

2. Propuesta para la regulación del derecho aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)

29. En su 37º período de sesiones, celebrado en 2004, la Comisión tomó nota de las iniciativas de la Comisión Europea para elaborar un nuevo instrumento comunitario en el que se regulase el derecho aplicable a los efectos para terceros de las cesiones, cuestión regulada por el artículo 22 de la Convención de las Naciones Unidas sobre cesión de créditos en el comercio internacional (la "Convención de las

---

[24] Véase ww.hcch.net.
[25] www.hcch.net.
[26] www.ebrd.com.
[27] www.ebrd.com/country/sector/law/st/new/develop/index.htm.
[28] http://europa.eu.int.
[29] http://europa.eu.int/scadplus/leg/en/lvb/l24401.htm.
[30] http://europa.eu.int/comm/enterprise/regulation/late_payments/index.htm.
[31] http://europa.eu.int/comm/internal_market/financial-markets/settlement/index_en.htm. La Directiva sobre la firmeza de la liquidación se aprobó en mayo de 1998.
[32] http://europa.eu.int/comm/internal_market/financial-markets/settlement/index_en.htm. La Directiva sobre la firmeza de la liquidación se aprobó en mayo de 1998.

Naciones Unidas sobre cesión") mediante la remisión a la ley del Estado donde esté situado el cedente.

30. En dicho período de sesiones se estimó en general que la regla del artículo 22 de la Convención de las Naciones Unidas sobre cesión daba certidumbre a los terceros y ello aumentaría mucho probablemente la accesibilidad al crédito, reduciendo su costo, y que la adopción de una regla diferente por la Unión Europea no solo tendría efectos indeseables en la accesibilidad y el costo del crédito sino que perjudicaría también la armonía en las relaciones comerciales en que intervinieran Estados partes y Estados no partes en la Unión Europea, cuando se sometiera una cuestión de prelación a un tribunal de un país no perteneciente a la Unión Europea.

31. En el mismo período de sesiones, cierto número de Estados, incluidos Estados miembros de la Unión Europea, indicaron que estaban considerando la ratificación o accesión a la Convención de las Naciones Unidas sobre cesión y que, en consecuencia, tenían gran interés en que la Unión Europea adoptara un enfoque de la cuestión del derecho aplicable a los efectos frente a terceros de las cesiones que fuera compatible con el enfoque adoptado en el artículo 22 de la Convención de las Naciones Unidas sobre cesión. En el debate se apoyó firmemente la celebración de una reunión de coordinación que incluyera representantes de la Comisión Europea, la CNUDMI y los círculos comerciales con objeto de resolver la cuestión cuanto antes, a fin de eliminar cualquier obstáculo para la amplia adopción de la Convención de las Naciones Unidas sobre cesión.

32. Tras el debate, la Comisión recomendó que no se escatimaran esfuerzos para evitar que un futuro instrumento de la Unión Europea adoptara un criterio diferente del adoptado en el artículo 22 de la Convención de las Naciones Unidas sobre cesión y pidió a la Secretaría que organizara una reunión con representantes de la Comisión Europea, los Estados miembros y los círculos mercantiles a fin de resolver la cuestión lo antes posible[33].

33. La Secretaría celebró consultas oficiosas con la Dirección General de Justicia e Interior de la Comisión Europea encargada de Roma I, a fin de: i) lograr que el nuevo instrumento de la Unión Europea fuera compatible con la Convención de las Naciones Unidas sobre cesión; y ii) facilitar la adopción de la Convención de las Naciones Unidas sobre cesión por los Estados miembros de la Unión Europea. La Secretaría informó también a la Comisión Europea acerca de la solicitud de la CNUDMI de celebrar una reunión de coordinación. Sin embargo, esa reunión no ha tenido lugar hasta la fecha.

34. El 15 de diciembre 2005, la Comisión Europea publicó su propuesta de Reglamento (COM (2005) 650 final, 2005/0261) sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). El párrafo 3 del artículo 13 adopta la ley de la residencia habitual del cedente para los efectos de la cesión con respecto a terceros. Según el comentario a ese párrafo, el criterio adoptado es el de la Convención de las Naciones Unidas sobre cesión. El artículo 18 del Reglamento, sin embargo, define la residencia habitual remitiéndose al establecimiento principal (utiliza la palabra "establecimiento") y, si hubiera una sucursal, el lugar de esa sucursal.

---

[33] Véase *Documentos oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, suplemento núm. 17* (A/59/17), párrs. 104 a 07.

No hay comentario a ese artículo que señale la diferencia con la norma sobre ubicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre cesión (que se refiere al lugar donde el cedente ejerza su administración central), y en consecuencia el derecho aplicable en virtud del párrafo 3 del artículo 13 propuesto puede ser diferente del aplicable con arreglo al artículo 22 de la Convención de las Naciones Unidas sobre cesión.

35. Tal vez desee la Comisión examinar la cuestión y recomendar que se intensifiquen los esfuerzos mediante consultas y reuniones oficiosas u oficiales, a fin de lograr la coherencia entre la reglamentación propuesta y la Convención sobre cesión y, en cualquier caso, para facilitar la adopción de la Convención de las Naciones Unidas sobre cesión por los Estados miembros de la Unión Europea.

F. OEA[34]

36. La Organización de los Estados Americanos (OEA), mediante su Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP VI), celebrada en 2002, adoptó la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias. La Asamblea General de la OEA, en su 35º período ordinario de sesiones, celebrado en junio de 2005, aprobó los temas del programa para la CIDIP VII, programa que incluye la labor futura sobre la elaboración de formularios interamericanos de registro uniformes y de directrices sobre el registro de garantías mobiliarias y su funcionamiento electrónico, para la implementación de la Ley Modelo[35].

37. La labor se realizará por expertos gubernamentales en un foro de Internet. El grupo de expertos tiene el mandato de negociar y preparar tres instrumentos interamericanos sobre registros electrónicos: i) formularios de registro uniformes; ii) una guía para los registros de gravámenes de bienes personales; y iii) una guía para los registros electrónicos. Aunque la mayoría de los aspectos del foro son públicos, la posibilidad de añadir observaciones y remitir documentos se reserva a los expertos designados, incluidos los miembros de la CNUDMI[36].

38. Tal vez desee la Comisión tomar nota de esa labor y pedir a la secretaría que siga ese proyecto de la OEA e informe a la Comisión en su momento.

G. OMPI[37]

39. La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual ofrece un foro de debates *ad hoc* por expertos en propiedad intelectual sobre la cuestión de las operaciones de garantía de financiación de la propiedad intelectual y los derechos de propiedad intelectual. Esos debates incluyen el examen del efecto de las recomendaciones del proyecto de guía sobre los derechos de propiedad intelectual.

---

[34] www.oas.org.
[35] www.oas.org/main/main.asp?sLang=E&sLink=www.oas.org/dil/.
[36] www.oas.org/dil/esp/derecho_internacional_privado_foro_garantias_mobiliarias.asp.
[37] www.wipo.int.

40. El proyecto de guía reconoce la importancia de los derechos de propiedad intelectual como fuente de crédito, ya sea en calidad de garantía originaria o bien como garantía secundaria (es decir, cuando la garantía consista en un equipo protegido por derechos de propiedad intelectual). En este último caso, la garantía sería inútil si no incluyera la autorización para utilizar o vender el equipo (como ocurriría en el caso de que consistiera, por ejemplo, en computadoras con programas de propiedad intelectual registrada).

41. En consecuencia, el proyecto de guía dispone que sus recomendaciones se aplicarán a las garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual en la medida en que esas recomendaciones no sean incompatibles con la legislación vigente o con obligaciones internacionales del Estado que la promulgue con respecto a esos activos. El proyecto de guía señala también a la atención de los Estados promulgantes la necesidad de que examinen si podría ser adecuado adaptar algunas de las recomendaciones en la medida en que se apliquen a las garantías reales sobre la propiedad intelectual. El Grupo de Trabajo estimó que el proyecto de guía no podía ocuparse específicamente de esas adaptaciones, ya que ello exigiría un trabajo considerable que requeriría más tiempo del disponible para que el Grupo de Trabajo acabe su labor (principios de 2007 para la presentación al período de sesiones de la Comisión en 2007).

42. Por esa razón, las secretarías de la OMPI y de la CNUDMI han celebrado consultas a fin de iniciar una nueva colaboración en materia de propiedad intelectual, en el contexto del proyecto de guía. Está prevista una reunión conjunta de expertos en operaciones garantizadas en septiembre de 2006. La finalidad de la reunión es formular propuestas a la Comisión para añadir un capítulo o apéndice al proyecto de guía que se ocuparía de las garantías reales sobre los derechos de propiedad intelectual.

43. Tal vez desee la Comisión tomar nota de ese trabajo preparatorio y pedir a la secretaría que le presente una nota sobre la cuestión, para su examen en el 40º período de sesiones, en 2007.

H. Banco Mundial[38]

44. El Departamento de Análisis del Clima para la Inversión del Banco Mundial informó a la secretaría de su plan de preparar, con asistencia de consultores externos, un manual para reformar los sistemas de garantías en materia de financiación garantizada, que tiene por objeto ayudar a los gestores de tareas que trabajan con los países a apoyar la reforma del marcos jurídico e institucional para el préstamo garantizado.

45. Tal vez desee la Comisión pedir a la secretaría que siga la evolución al respecto, a fin de evitar duplicaciones y conflictos entre el texto citado y el del proyecto de guía.

---

[38] www.worldbank.org.

Tercera parte

ANEXOS

I. ARTÍCULOS REVISADOS DE LA LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

[Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.08.V.4]

II. RECOMENDACIÓN RELATIVA A LA INTERPRETACIÓN DEL PÁRRAFO 2) DEL ARTÍCULO II Y DEL PÁRRAFO 1) DEL ARTÍCULO VII DE LA CONVENCIÓN SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS HECHA EN NUEVA YORK EL 10 DE JUNIO DE 1958, ADOPTADA POR LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL EL 7 DE JULIO DE 2006 EN SU 39º PERÍODO DE SESIONES

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional,

Recordando la resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1966, por la que fue establecida la Comisión con el objeto de promover la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional, concretamente fomentando métodos y procedimientos para asegurar la interpretación y aplicación uniformes de las convenciones internacionales y de las leyes uniformes en el campo del derecho mercantil internacional,

Consciente del hecho de que en la Comisión están representados los diferentes sistemas jurídicos, sociales y económicos del mundo, junto con los diferentes niveles de desarrollo,

Recordando las sucesivas resoluciones en que la Asamblea General reafirmó el mandato de la Comisión como órgano jurídico central del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional, para coordinar las actividades jurídicas en este campo,

Convencida de que la amplia adopción de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958[1], ha supuesto un logro importante para la promoción de la seguridad jurídica, especialmente en el ámbito del comercio internacional,

Recordando que la Conferencia de Plenipotenciarios que preparó y abrió a la firma la Convención aprobó una resolución que decía, entre otras cosas, que la Conferencia "considera que una mayor uniformidad en las leyes nacionales relativas al arbitraje haría más eficaz el arbitraje como medio de solución de las controversias de derecho privado",

Teniendo en cuenta las diferentes interpretaciones de los requisitos de forma que establece la Convención y que obedecen en parte a diferencias de expresión entre los cinco textos igualmente auténticos de la Convención,

Teniendo en cuenta el párrafo 1) del artículo VII de la Convención, uno de cuyos objetivos es permitir la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en la mayor medida posible, en particular reconociendo el derecho de cualquier parte interesada a acogerse a las leyes o los tratados del país donde la sentencia se

---

[1] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 330, núm. 4739.

invoque, incluidos los casos en que dichas leyes o tratados ofrezcan un régimen más favorable que el de la Convención,

Considerando el extendido uso del comercio electrónico,

Teniendo en cuenta los instrumentos jurídicos internacionales, como la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985[2], y sus revisiones posteriores, en particular con respecto al artículo 7[3], la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico[4], la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas[5] y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales[6],

Teniendo también en cuenta que se han promulgado leyes nacionales más favorables que la Convención en lo que respecta al requisito de forma que rige los acuerdos de arbitraje, los procedimientos de arbitraje y la ejecución de las sentencias arbitrales, que han dado origen a una jurisprudencia,

Considerando que, al interpretar la Convención, ha de tenerse en cuenta la necesidad de promover el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales,

1. *Recomienda* que el párrafo 2) del artículo II, de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958, se aplique reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas;

2. *Recomienda también* que el párrafo 1) artículo VII de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958, se aplique de forma que permita a toda parte interesada acogerse a los derechos que puedan corresponderle, en virtud de las leyes o los tratados del país donde se invoque el acuerdo de arbitraje, para obtener el reconocimiento de la validez de ese acuerdo de arbitraje.

---

[2] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/40/17), anexo I. La Ley Modelo ha sido editada como publicación de las Naciones Unidas (núm. de venta S.95.V.18).

[3] *Ibid.*, *sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/61/17), anexo I.

[4] *Ibid.*, *quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/51/17), anexo I. La Ley Modelo y la Guía para la incorporación al derecho interno que la acompaña se han editado como publicación de las Naciones Unidas (núm. de venta S.99.V.4).

[5] *Ibid., quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17 y* corrección (A/56/17 y Corr.3), anexo II. La Ley Modelo y la Guía para la incorporación al derecho interno que la acompaña se han editado como publicación de las Naciones Unidas (núm. de venta S.02.V.8).

[6] Resolución 60/21de la Asamblea General, anexo.

III. NOTAS EXPLICATIVAS ACERCA DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LA UTILIZACIÓN DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

[Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.07.V.2]

IV. BIBLIOGRAFÍA DE OBRAS RECIENTEMENTE PUBLICADAS RELATIVAS A LA LABOR DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL*
NOTA DE LA SECRETARÍA

(A/CN.9/602) [Original: inglés]

I. Cuestiones generales . . . . . .
II. Compraventa internacional de mercaderías . . . . . .
III. Arbitraje y conciliación comercial internacionales . . . . . .
IV. Transporte internacional . . . . . .
V. Pagos internacionales . . . . . .
VI. Comercio electrónico . . . . . .
VII. Garantías independientes y cartas de crédito contingente . . . . . .
VIII. Contratación pública . . . . . .
IX. Insolvencia . . . . . .
X. Financiación por cesión de créditos . . . . . .
XI. Contratos internacionales de construcción . . . . . .
XII. Comercio compensatorio internacional . . . . . .
XIII. Proyectos de infraestructura con financiación privada . . . . . .
XIV. Garantías reales . . . . . .
Anexo Textos jurídicos de la CNUDMI . . . . . .

* La jurisprudencia de los tribunales sobre textos de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (CLOUT) y las referencias bibliográficas al respecto figuran en la serie de documentos A/CN.9/SER.C/-.

I. Cuestiones generales

Barres Benlloch, P. Nota informativa sobre la 37ª sesión del plenario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. *Revista de derecho bancario y bursátil* (Valladolid) 24:97:214-224, 2005.

Béguin, J. *y* M. Menjucq, *eds*. Droit du commerce international. París, Lexis Nexis - Litec, 2005. xxii, 1119 págs.

Спецвыпуск международная научно-практическая корференция на тему: "право международной торговли". *Вестник высшего хозяйственного суда Республики Беларусь* (Минск) 24:2005. Puede consultarse en www.court.by/about/conference/2005-10-13/

Espugues Mota, C. *y* D. Hargain, *eds*. Derecho del comercio internacional. MERCOSUR - Unión Europea. Montevideo - Buenos Aires - Madrid, Editorial B de F - Editorial REUS, 2005. xxiv, 774 págs.

Folsom, R.H., M.W. Gordon, *y* J. Spanogle. International business transactions. 7 ed. St. Paul (Minnesota), Thomson West, 2004. xvii, 346 págs. Goode, R. Rule, practice and pragmatism in transnational commercial law. *International and comparative law quarterly* (Londres) 54:3:539-562, 2005.

Goode, R. Rule, practice and pragmatism in transnational commercial law. *International and comparative law quarterly* (Londres) 54:3:539-562, 2005.

Lannan, K. UNCITRAL: colloquium on international commercial fraud and ongoing work. /Colloque de la CNUDCI sur la fraude commerciale internationale et travaux en cours. *Uniform law review*/*Revue de droit uniforme* (Roma) 10:4:838-857, 2005.
En francés e inglés.

La necesaria uniformidad interpretativa y www.uc3m.es/cisg. *Derecho de los negocios* (Madrid) 16:182:1-5, 2005.

Masahatu, O. UNCITRAL-SIAC kyōsai kokusai shōji chūsai ni kansuru moderuhō 20 shunen oyobi kokusai dōsanbutsuhin baibai ni kansuru kokurenjōyaku 25 shunen kinen kokusai kaigi. *JCA Journal* (Tokio) 52:12:48-51, diciembre de 2005.
En japonés.
Título en español: Conferencia internacional conjunta CNUDMI-SIAC para conmemorar los 20 años de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional y los 25 años de la Convención sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

Sarkar, R. Transnational business law. La Haya, Kluwer law international, 2003. xlviii, 419 págs.

Smit, H. The universalization of private law. *En* De tous horizons. Mélanges Xavier Blanc-Jouvan. París, Société de législation comparée, 2005. págs. 335-353.

II. Compraventa internacional de mercaderías

Aschauer, C. La prescription des sentences arbitrales. *ASA bulletin* (La Haya) 23:4:593-609, 2005.

Azeredo da Silveira, M. Anticipatory breach under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *Nordic journal of commercial law* (Turku) 2:2005. Puede consultarse en www.njcl.fi/2_2005/article1.pdf.

Baasch Andersen, C. The uniform international sales law and the global jurisconsultorium. *The journal of law and commerce* (Pittsburgh, Pensilvania) 24:2:159-179, 2005.

Бахин, С. Принцип добросовестности в международных контрактных отношениях. *In* Russland im Kontext der internationalen Entwicklung: internationales Privatrecht, Kulturgüterschutz, geistiges Eigentum, Rechtsvereinheitlichung/Russia in the international context: private international law, cultural heritage, intellectual property, harmonization of laws/Россия в контексте международного развития: международное частное право, защита культурных ценностей, интеллектуальная собственность, унификация права. Festschrift für Mark Moiseevic Boguslavskij. A. Trunk, R. Knieper, A.G. Svetlanov, *eds.*, Berlín, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004. págs. 725 a 737. Con un resumen en inglés.

Bevilacqua, T. L'article 3 de la Convention de Vienne et les contrats complexes dans le domaine de l'informatique: une lecture de la jurisprudence pertinente. *McGill law journal* (Montreal, Quebec) 50:553-593, 2005.

Campanale, S. Diritto del commercio internazionale e normativa comunitaria. Milán, Giuffrè editore, 2005. 127 págs.

En italiano. Título en español: El derecho mercantil internacional y las normas de la Comunidad Europea.

Véase en particular el capítulo 5 sobre la CIM.

Consejo consultivo de la CIM. CISG Advisory Council opinion no. 3, Parol evidence rule, plain meaning rule, contractual merger clause and the CISG, 23 octubre de 2004. *Internationales Handelsrecht* Múnich 5:2:81-86, 2005.

Consejo consultivo de la CIM. CISG Advisory Council opinion no. 4, Contracts for the sale of goods to be manufactured or produced and mixed contracts (article 3 CISG) 24 October 2004. *Internationales Handelsrecht* Múnich 5:3:124-132, 2005.

Consejo consultivo de la CIM. CISG Advisory Council opinion no. 5, The buyer's right to avoid the contract in case of nonconforming goods or documents. *Internationales Handelsrecht* Múnich 6:1:35-48, 2006.

Con un examen general de la jurisprudencia en el anexo. Publicado también en *Nordic journal of commercial law* (Turku) 2:2005.

Puede consultarse en www.njcl.fi/2_2005/commentary2.pdf.

Cohen, K.S. Achieving a uniform law governing international sales: conforming the damage provisions of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the uniform commercial code. *University of Pennsilvania journal of international economic law* (Filadelfia, Pensilvania) 26:3:601-622, 2005.

Comité asesor de la CIM. Avis n° 1 et n° 2 du Comité consultatif de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises. *Journal du droit international* (París) 133:1:428-439, 2006.

Véase la referencia bibliográfica a la versión inglesa en A/CN.9/581.

Eiselen, S. Unresolved damages issues of the CISG: a comparative analysis. *Comparative and international law journal of Southern Africa* (Pretoria) 38:1:32-46, 2005.

Ferrari, F. The CISG's uniform interpretation by courts - an update. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Viena) 9:2:233-252, 2005.

_____. La Convention de Vienne sur la vente internationale et le droit international privé. *Journal du droit international* (París) 133:1:27-61, 2006.

_____. Fundamental breach of contract under the UN sales convention - 25 years article 25 CISG. *Revue de droit des affaires internationales/International business law journal* (París) 3:389-400, 2005.

_____. The formal validity of contracts for international sale of goods governed by the CISG - an overview of the case law. *Revue de droit des affaires internationales / International business law journal* (París) 1:85-90, 2004.

_____, *ed*. Quo vadis CISG? Celebrating the 25th anniversary of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). Bruselas - Munich - París, Bruylant - Sellier European law publishers - FEC, 2005. 323 págs.

_____. What sources of law for contracts for the international sale of goods? *Internationales Handelsrecht* Múnich 6:1:1-20, 2006.

Fountoulakis, C. Zurückbehaltungsrecht bei nicht ausgestellter Quittung im UN-Kaufrecht. *Internationales Handelsrecht* (Múnich) 5:6:244-249, 2005.

En alemán.

Título en español: El derecho a retener las mercancías si no se expide un recibo, en la CIM.

Freiburg, N. Die Rügeobliegenheit des Käufers bei grenzüberschreitendem Warenverkehr. *Internationales Handelsrecht* Múnich 5:2:56-64, 2005.

En alemán.

Título en español: Sobre el requisito de aviso de no conformidad en las operaciones de compraventa internacionales.

Gabriel, H.D. Contracts for the sale of goods: a comparison of domestic and international law. Dobbs Ferry (Nueva York), Oceana publications, 2004. v, 375 págs.

_____. The CISG: raising the fear of nothing. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Viena) 9:2:219-221, 2005.

Grosshans, A. Reflections on the scope of the 1980 U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Viena) 9:2:223-231, 2005.

Henschel, R.F. The conformity of goods in international sales. Copenhague, Forlaget Thomson, 2005. 328 págs.

Huber, A. *y* L. Nicolas-Vullierme. L'accord des volontés dans le contrat de vente international: CVIM, codes civils français et allemand et code de commerce des Etats-Unis. *Revue de droit des affaires internationales/International business law journal* (París) 6:816-825, 2005.

Huber, P. The availability of termination as a remedy for defective delivery. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Viena) 9:2:303-311, 2005.

Hulmák, M. Kontraktační proces podle Vídeňské úmluvy o mezinárodní koupi zboží ve srovnáním s úpravou České republiky. *Právník* (Praga) 144:11:1219-1236, 2005.

En checo, con un resumen en inglés.

Título en español: La formación del contrato en los códigos civil y mercantil de la República Checa y la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías.

Jacobs, M.S. *y* Y. Huang. An arbitrator's powers and duties under art. 114 of Chinese Contract Law in awarding damages in China in respect of a dispute under a contract governed by CISG. *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pennsilvania) 20:5:39-43, 2005.

_____ *y* _____. A rebuttal of Dr. Bruno Zeller's commentary "The CISG and the opting out clause pursuant to article 6 - a corrective reply". *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pennsilvania) 20:10:28-30, 2005.

Janssen, A. Nach welchem Recht richtet sich die Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in den Niederlanden? *Internationales Handelsrecht* Múnich 5:4:155-158, 2005.

En alemán.

Título en español: ¿Qué ley determina la aplicación válida de condiciones generales de comercio en los Países Bajos?

Koch, R. Whether the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts may be used to interpret or supplement Article 25 CISG. *Internationales Handelsrecht* (Múnich) 5:2:65-70, 2005.

Korpinen, A. On legal uncertainty regarding timely notification of avoidance of the sales contract. *Nordic journal of commercial law* (Turku) 1: 2005. Puede consultarse en www.njcl.fi/1_2005/article1.pdf.

Kröll, S. Die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte für einstweiligen Rechtsschutz bei ausländischem Schiedsort. *Internationales Handelsrecht* Múnich 5:4:142-147, 2005.

En alemán.

Título en español: La competencia internacional de los tribunales alemanes en la fase interlocutoria, en el caso de cláusulas de arbitraje extranjeras.

Kunda, I. *y* J. Mutabžija. Odgovornost prodavatelja za pravo ili potraživanje trećih osoba s osnove intelektualnog vlasništva prema Bečkoj konvenciji o međunarodnoj prodaji robe.

Zbornik pravnog fakulteta sveučilišta u Rijeci (Rijeka, Croacia) 26:2:733-794, 2005.

En croata, con resúmenes en alemán, inglés e italiano. Título en español: La capacidad del vendedor para ser titular de derechos o acciones de terceros en materia de propiedad intelectual, de Conformidad con la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

Leyens, P.C. The interpretative challenge of mistake and the validity loophole. *En* Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), 2003-2004. Múnich, Sellier European law publishers, 2005. págs 3 a 51.

Liu, C. Effects of avoidance: perspectives from the CISG, UNIDROIT principles and PECL and case law. *Nordic journal of commercial law* (Turku) 1:2005. Puede consultarse en www.njcl.fi/1_2005/article2.pdf.

Lookofsky, J. CISG case commentary on pre-emption in Geneva Pharmaceuticals and Stawski. *En* Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), 2003-2004. Múnich, Sellier European law publishers, 2005. págs. 115 a 122.

López Rodríguez, A.M. The duty to pay interest on advance payments under art. 84 (1) CISG. *Nordic journal of commercial law* (Turku) 2:2005. Puede consultarse en www.njcl.fi/2_2005/commentary1.pdf.

_____. The effects of avoidance on obligations: the modes of restitution under the 1980 U.N. Convention on the International Sale of Goods. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Viena) 9:2:291-302, 2005.

Lurger, B. Überblick über die Judikaturentwicklung zu ausgewählten Fragen des CISG. *Internationales Handelsrecht* (Múnich) 5:5:177-188, 2005 (parte I); 5:6:221-232, 2005 (parte II).

En alemán.

Título en español: Examen de decisiones judiciales sobre determinadas cuestiones relacionadas con la CIM.

Martínez Cañellas, A. La interpretación y la integración de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980. Granada, Editorial Comares, 2004. xxii, 419 págs.

Mazzotta, F.G. CISG Article 78: the endless disagreement among the commentators, much less among the courts. *En* Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 2003-2004. Múnich, Sellier European law publishers, 2005. págs. 123 a 161.

McMahon, J.P. Address: Pace University School of Law conference on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): primary differences between the UCC and the CISG. *En* Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 2003-2004. Múnich, Sellier European law publishers, 2005. págs. 91 a 103.

Meyer, F. Die Anwendung des UN-Kaufrechts in der US-amerikanischen Gerichtspraxis. *IPRax: Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts* (Bielefeld) 25:5:462-467, 2005.

En alemán.

Título en español: La aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías en la práctica judicial de los Estados Unidos.

Meyer, J. UN-Kaufrecht in der deutschen Anwaltspraxis. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tubinga) 69:3:457-486, 2005.
En alemán.
Título en español: La CIM en la práctica de los abogados alemanes.

Mittmann, A. Einheitliches UN-Kaufrecht und europäische Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie. Fráncfort del Meno, Peter Lang, 2004. xvi, 195 págs.
En alemán.
Título en español: El derecho uniforme de la compraventa de las Naciones Unidas y la directiva europea sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

Mohs, F. The restitution of goods on avoidance of the contract for lack of conformity within the scope of art. 82(2)(c) CISG: on the different treatment of defects in quality, third-party intellectual property rights, and defects in title as elements of the remedies for the buyer. *En* Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 2003-2004. Múnich, Sellier European law publishers, 2005. págs. 53 a 73.

Müller, T.M. *and* F. Togo. Die Berücksichtigung der Überzeugungskraft ausländischer Präzedenzfälle bei der Auslegung des CISG - Die neuere italienische Rechtsprechung als Vorreiter und Vorbild. *Internationales Handelsrecht* (Múnich) 5:3:102-107, 2005.
En alemán.
Título en español: La consideración de la capacidad de persuasión de los precedentes extranjeros en la interpretación de la CIM. La nueva jurisprudencia italiana como precursora y ejemplo.

Muranov, A.I. History of the official publication of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Viena, 1980) in the Russian Federation in the context of application of international treaties in Russia. *Digest of the Moscow journal of international law* (Moscú) 166-203, 2000-2001.
Puede consultarse en línea en: www.mjil.ru/files/journal.pdf y en: www.muranov.ru/ research/pdf-picture/History.pdf.

Niibori, S. INCOTERMS 2000 to sono shuhen. *JCA journal* (Tokio) 52:3:54-58, marzo de 2005 (parte I); 52:4:29-35, abril de 2005 (parte II); 52:5:40-44, mayo de 2005 (parte III); 52:6:41-45, junio de 2005 (parte IV); 52:7:28-32, julio de 2005 (parte V); 52:8:42-47, agosto de 2005 (parte VI); 52:9:38-41, septiembre de 2005 (parte VII).
En japonés.
Título en español: INCOTERMS 2000 y temas conexos.

Perovíc, J.S. Bitna povreda ugovora: medunarodna prodaja robe. Belgrado, Javno preduzece sluzbeni list SCG, 2004. 402 págs.
En serbio.
Título en español: El incumplimiento esencial del contrato en la compraventa internacional de mercaderías.

Ramberg, J. Address: Pace University School of Law conference on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): CISG-Advisory Council opinion no.1 - electronic communications under the CISG. *EINIn* Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 2003-2004. Múnich, Sellier European law publishers, 2005. págs. 105 a 112.

Remy-Corlay, P. Force majeure, imprévision et faute : la répartition des risques dans la Convention de Vienne. *Revue trimestrielle de droit civil* (París) 2:354-357, 2005.

Robin, G. Le principe de la bonne foi dans les contrats internationaux. *Revue de droit des affaires internationales / International business law journal* (París) 6:695-727, 2005.
En francés e inglés.

Romero Jiménez, M. La compraventa internacional de mercaderías. *Revista mexicana de derecho internacional privado y comparado* (México D.F) 17:25-46, 2005.

Розенберг, М. Некоторые вопросы применения Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров в практике Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ. *En* Russland im Kontext der internationalen Entwicklung: internationales Privatrecht, Kulturgüterschutz, geistiges Eigentum, Rechtsvereinheitlichung/Russia in the international context: private international law, cultural heritage, intellectual property, harmonization of laws/Россия в контексте международного развития: международное частное право, защита культурных ценностей, интеллектуальная собственность, унификация права. *Homenaje a* Mark Moiseevic Boguslavskij. A. Trunk, R. Knieper, A.G. Svetlanov, *eds.*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004. págs. 739 a 748. Con un resumen en inglés.

Saenger, I. *y* E. Sauthoff. Die Aufrechnung im Anwendungsbereich des CISG. *Internationales Handelsrecht* (Múnich) 5:5:189 a 195, 2005.
En alemán.
Título en español: La compensación en el ámbito de aplicación de la CIM.

Sauthoff, E. Auslegung der Art. 75, 76 CISG nach Treu und Glauben? *Internationales Handelsrecht* (Múnich) 5:4:151 a 154, 2005.
En alemán.
Título en español: ¿Interpretación de los artículos 75 y 76 de la CIM según el principio de la buena fe?

Schlechtriem, P. Discurso de apertura: Pace University School of Law conference on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): Of words and issues - finding a common language for common issues. *En* Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 2003-2004. Múnich, Sellier European law publishers, 2005. págs. 79 a 90.

_____. *y* P. Perales Viscasillas. Interpretación en clave nacional de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercancías: STPI de Tudela (España) de 29 marzo 2005. *Derecho de los negocios* (Madrid) 16:180:23-33, 2005.

Schroeter, U.G. UN-Kaufrecht (CISG) und Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie - zugleich. *GPR - Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht* (Fráncfort del Meno - Múnich) 2:4:173 a 176, 2005.
En alemán.
Título en español: La CIM y la directiva de la UE sobre la protección del consumidor, consideradas conjuntamente.

Schumacher, F. Kaufoptionsvertrag und Verwendungsrisiko im UN-Kaufrecht. *Internationales Handelsrecht* (Múnich) 5:4:147 a 151, 2005.
En alemán.
Título en español: El contrato de opción de venta y el riesgo de utilización en la CIM.

Sein, K. *y* I. Kull. Die Bedeutung des UN-Kaufrechts im estnischen Recht. *Internationales Handelsrecht* (Múnich) 5:4:138 a 142, 2005.
En alemán.
Título en español: Importancia de la CIM en el derecho estonio.

Seliazniova, T. Prospective non-erformance or anticipatory breach of contract (comparison of the Belarusian approach to CISG application and foreign legal experience). *The journal of law and commerce* (Pittsburgo, Pensilvania) 24:1:111-140, 2004.

Sokolovski, I. Závaznost oferty - vhodný(é) model(y). *Právník* (Praga) 144:9:1040-1060, 2005.
En checo
Título en español: Fuerza vinculante del modelo o de los modelos apropiados de oferta.

Torsello, M. Remedies for breach of contract under the 1980 U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Viena) 9:2:253-290, 2005.

Treitel, G. Frustration and force majeure. Londres, Thomson - Sweet and Maxwell, 2005. lxxxii, 673 págs.
Véanse, en particular, los párrs. 6-048, 5-043 y 15-044.

Walker, G.C. Trade usages and the CISG: defending the appropriateness of incorporating custom into international commercial contracts. *The journal of law and commerce* (Pittsburgo, Pennsilvania) 24:2:263-280, 2005.

Weiszberg, G. Les premières années de jurisprudence sur la "contravention non essentielle" dans la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises. *Revue de droit des affaires internationales/International business law journal* (París) 1:106-116, 2006.

Witz, C. Droit uniforme de la vente internationale de marchandises: panorama 2004. *Recueil Dalloz* (París) 181:33:2281-2292, 2005.

_____. Les vingt-cinq ans de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises. Bilans et perspectives. *Journal du droit international* (París) 133:1:5-25, 2006.

Wu, D. CIETAC's practice on the CISG. *Nordic journal of commercial law* (Turku) 2:2005. Puede consultarse en www.njcl.fi/2_2005/article2.pdf.

Wurmnest, W. UN-Kaufrecht und Gerichtsstand des Erfüllungsorts bei Nichterfüllung einer Alleinvertriebsvereinbarung durch den Lieferanten - zugleich eine Anmerkung zu Corte di Cassazione, Beschl. v. 1.7.2004. *Internationales Handelsrecht* (Múnich) 5:3:107-114, 2005.
En alemán.
Título en español: La CIM y la jurisdicción del lugar de cumplimiento en los casos de incumplimiento por el proveedor de de un acuerdo de distribución

exclusiva, con un comentario sobre la decisión de la Corte di Cassazione de 1 de julio de 2004.

Yovel, J. The seller's right to cure a failure to perform: an analytic comparison of the respective provisions of the CISG and the PECL *Nordic journal of commercial law* (Turku) 1: 2005.
Puede consultarse en www.njcl.fi/1_2005/commentary1.pdf.

Zeller, B. Damages under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Dobbs Ferry (Nueva York), Oceana publications, 2005. xiii, 247 págs.

_____. The CISG and the opting out clause pursuant to article 6 - a corrective reply. *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pennsilvania) 20:8:51-56, 2005.

Zhang, M. Choice of law in contracts: a Chinese approach. *Northwestern journal of international law & business* (Chicago, IL) 26:289-333, 2006.

Zimmermann, R. Comparative foundations of a European law of set-off and prescription. Cambridge, Cambridge University Press, 2002. xi, 182 págs.

_____. Restitutio in integrum: the unwinding of failed contracts under the Principles of European Contract Law, the UNIDROIT Principles and the Avant-projet d'un Code Européen des Contrats. *Uniform law review/Revue de droit uniforme* (Roma) 10:4:719-735, 2005.

III. Arbitraje y conciliación comercial internacionales

Abramson, H.I. Mining mediation rules for representation opportunities and obstacles. *American review of international arbitration* (Nueva York, NY) 15:1:103-109, 2004.

Andenas, M. *y* G. Sanders, *eds. gens.* Enforcing contracts in transition economies. Londres, British institute of international and comparative law, 2005. xvi, 205 págs.

Arfazadeh, H. Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondialisation. Bruselas, Bruylant, 2005. xx, 352 págs.

Aschauer, C. La prescription des sentences arbitrales. *ASA bulletin* (La Haya) 23:4:593-609, 2005.

Baykitch, A. *y* J. Truong. Innovations in international commercial arbitration - interim measures a way forward or back to the future. *The arbitrator & mediator* (Melbourne) 24:2:95-103, 2005.

Beraudo, J.P. Case law on articles 5, 8 and 16 of the UNCITRAL Model Arbitration Law. *Journal of international arbitration* (Londres) 23:1:101-114, 2006.

_____. Recognition and enforcement of interim measures of protection ordered by arbitral tribunals. A comparison with the Republic of Congo pre-arbitral referee case. *Journal of international arbitration* (Londres) 22:3:245-254, 2005.

Bergsten, E.E. Some musings about the adoption of the UNCITRAL Arbitration Rules. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Viena) 9:2:213-217, 2005.

Binder, P. International commercial arbitration and conciliation in UNCITRAL model law jurisdictions. 2 ed. Londres, Sweet & Maxwell, 2005. xlvi, 550 págs.

Castellani, L. UNCITRAL developments on arbitration agreements in electronic form. *The arbitrator & mediator* (Melbourne) 24:1:19-24, 2005.

Cato, D.M. The English Arbitration Act 1996: a comparison of UNCITRAL model law and the rules of law of the UAE. *DIAC journal* (Dubai) 1:4:17-37, 2005.
En árabe e inglés.

Chovancovà, K. Rozhodcovské pravidlá medzinárodhej obchodnej komory v bankovej praxis. *Právník* (Praga) 144:8:893-924, 2005.
En checo.
Título en español: El Reglamento de Arbitraje de la CCI en la práctica bancaria.

Cohen, J. Practical issues to consider in relation to enforcing and resisting enforcement of international arbitration awards. *Asian dispute review* (Hong Kong) 22-27, enero de 2006.

Conejero Roos, C. The new Chilean arbitration law and the influence of the model law. *Journal of international arbitration* (La Haya) 22:2:149-162, 2005.

Cordero Moss, G. Can an arbitral tribunal disregard the choice of law made by the parties? *Stockholm international arbitration review* (Estocolmo) 1:1-21, 2005.

Danelius, H. The Nueva York Convention: the practice of Swedish courts. *Stockholm arbitration report* (Huntington, Nueva York) 2:35-46, 2004.

Drahozal, C. The making of the award: comments on case law developments under the UNCITRAL Model Law. *International arbitration law review* (Londres) 8:5:183-190, 2005.

Eksi, N. General evaluation of the Turkish international arbitration act. *International arbitration law review* (Londres) 8:3:87-94, 2005.

El Motei, A. Local court intervention in international arbitration. *DIAC journal* (Dubai) 1:4, 64-72, 2005.
En árabe e inglés.

Engert, A. Der international-privatrechtliche und sachrechtliche Anwendungsbereich des Rechts der Europäischen Aktiengesellschaft. *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* (Heidelberg) 104:444-460, 2005.
En alemán.
Título en español: Ámbito de aplicación del derecho de la *Societas Europaea* en el derecho internacional privado y de cosas.

Entwurf eines neuen Schiedsverfahrensrechts. Mit Erläuterungen von Paul Oberhammer. Veröffentlichungen des Ludwig-Boltzmann-Institutes für Rechtsvorsorge und Urkundenwesen Band XXVII. Viena, Manz, 2002. VIII, 160 págs.

Ezrahi, A.M. Arbitration in the Arab Middle-East: a snapshot. *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pennsilvania) 20:11:33-42, 2005.

Fremuth-Wolf, A. Die Schiedsvereinbarung im Zessionsfall. Viena, Verlag Österreich, 2004. 324 págs.
En alemán.
Título en español: El acuerdo de arbitraje en caso de cesión.

Ganguli, A.K. International commercial arbitration and enforcement of foreign awards in India. *En* India and international law. Patel B.N., *ed*. Leiden, Martinus Nijhoff publishers, 2005. págs. 319-343.

Giambastiani, C.A. Lex loci arbitri and annulment of foreign arbitral awards in U.S. courts. *American university international law review* (Washington, DC) 20:1101-1112, 2005.

González de Cossío, F. Chauvinism rejected: Mexican Supreme Court upholds the constitutionality of the Mexican arbitration statute. *Journal of international arbitration* (La Haya) 22:2:163-166, 2005.

Грешников, И. Международный и внутренний арбитраж понятие и компетенция. *Журнал ЮРИСТ* (Алматы) 4:46, 2005. Puede consultarse en www.zakon.kz/magazine/archive/2005_04_10.asp.

Grigera Naón, H.A. Arbitration and Latin America: progress and setbacks. 2004 Freshfields lecture. *Arbitration international* (La Haya) 21:2:127-176, 2005.
Véanse, en particular, las págs. 168-172, sobre la relación entre la nueva Convención de Nueva York de 1958 y los tratados regionales sobre arbitraje.

Gu, W. Security of costs in international commercial arbitration. *Journal of international arbitration* (Londres) 22:3:167-205, 2005.

Hamilton, C.A. *y* E.M. Vázquez. Interim measures and the new Spanish arbitration act. *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pennsilvania) 20:6:22-28, 2005.

Horey, M. Translation of the recent japonés law on arbitration. *World arbitration and mediation report* (Huntington, Nueva York) 16:11:340-353, 2005.
Contiene notas de referencias cruzadas a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 1985.

Horn, N. The arbitration agreement in light of case law of the UNCITRAL model law (arts. 7 and 8). *International arbitration law review* (Londres) 8:5:146-152, 2005.

Howell, D. Interim measures of protection in international arbitration proceedings: towards a new paradigm? *Asian dispute review* (Hong Kong) 18-21, enero de 2006.

Japón (derecho de arbitraje). *Model law materials* (Culoz, Francia) 5:1:11-13, 2005.
Contiene en el anexo el texto de la ley de arbitraje japonesa de 2003, en inglés y japonés, y un cuadro de concordancia de las disposiciones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional y la ley de arbitraje japonesa de 2003.

Jiménez Figueres, D. *y* A. Armer Rios. Notes on the new Chilean law on international arbitration. *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pennsilvania) 20:7:21-33, 2005.

Jørgensen, J.C. *y* D. Terkildsen. The new Danish arbitration act. *International arbitration law review* (Londres) 8:6:203-210, 2005.

Kachwaha, A. The arbitration law of India: a critical analysis. *Asian international arbitration journal* (Singapur) 1:2:107-126, 2005.

Kadjo, P. The African Union and international commercial arbitration. *World arbitration and mediation report* (Huntington, Nueva York) 16:6:185-196, 2005.

Kakolecki, A. *y* P. Nowaczyk. Poland's new arbitration legislation. *ICC international court of arbitration bulletin* (París) 16:2:41-46, 2005.

Katz, L.V. Arbitration as a bridge to global markets in transitional economies: the Republic of Cuba. *Willamette journal of international law & dispute resolution* (Salem, Oregón) 13:109-148, 2005.

Kee, C. Set-off in international arbitration - what can the Asian region learn? *Asian international arbitration journal* (Singapur) 1:2:141-160, 2005.

Khvalei, V. *y* J. Benedictsson. Recognition and enforcement of foreign arbitral awards in the Russian Federation. *Stockholm international arbitration review* (Estocolmo) 1:23-48, 2005.

Kleinheisterkamp, J. International commercial arbitration in Latin America. Dobbs Ferry (Nueva York), Oceana publications inc., 2005. xxx, 691 págs.

Knieper, R. The not-so-silky road to commercial arbitration in post-Soviet countries. Global reflections on international law, commerce and dispute resolution. *En* Aksen G., Böckstiegel K.-H., Mustill M.J., Patocchi P.M., Whitesell A.M. eds. Liber amicorum in honour of Robert Briner. París, ICC Publishing, 2005. págs. 463 a 475.

Комаров, А. Применение материально-правовых норм при разрешении споров международным коммерческим арбитражем. *En* Russland im Kontext der internationalen Entwicklung: internationales Privatrecht, Kulturgüterschutz, geistiges Eigentum, Rechtsvereinheitlichung/Russia in the international context: private international law, cultural heritage, intellectual property, harmonization of laws/ Россия в контексте международного развития: международное частное право, защита культурных ценностей, интеллектуальная собственность, унификация права. Festschrift für Mark Moiseevic Boguslavskij. A. Trunk, R. Knieper, A.G. Svetlanov, *eds.*, Berlín, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004. págs. 313 a 324. Con un resumen en inglés.

Корабельников, Б. *и* А. Маковский. Арбитрабильность споров: российский подход. *En* Russland im Kontext der internationalen Entwicklung: internationales Privatrecht, Kulturgüterschutz, geistiges Eigentum, Rechtsvereinheitlichung/Russia in the international context: private international law, cultural heritage, intellectual property, harmonization of laws/Россия в контексте международного развития: международное частное право, защита культурных ценностей, интеллектуальная собственность, унификация права. Festschrift für Mark Moiseevic Boguslavskij. A. Trunk, R. Knieper, A.G. Svetlanov, *eds.*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004. págs. 271 a 301. Con un resumen en inglés.

Kotiranta, K. *y* T. Ylikantola. Kansainvälisen välimiesmenettelyn salassapitovelvollisuudesta. *Defensor legis* (Helsinki) 86:2:303-330, 2004.

En finlandés.

Título en español: Sobre el deber de confidencialidad en el arbitraje internacional.

Koussoulis, S. Greek arbitration law - introduction. *Model law materials* (Culoz, Francia) 5:1:85-86, 2005.

Contiene en el anexo el texto de la ley de arbitraje griega de 1999, en griego e inglés.

Kröll, S. Setting aside proceedings in model law jurisdictions - selected procedural and substantive questions from the case law. International *arbitration law review* (Londres) 8:5:170-178, 2005.

Kurkela, M.S. Due process in international commercial arbitration. Dobbs Ferry (Nueva York), Oceana publications inc., 2005. xx, 485 págs.

Véanse, en particular, las págs. 7 a 34, sobre el proceso debido en la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958.

Liebscher, C. Interpretation of the written form requirement art. 7(2) UNCITRAL Model Law. *International arbitration law review* (Londres) 8:5:164-169, 2005.

Lynch, K. The forces of economic globalization. Challenges to the regime of international commercial arbitration. La Haya, Kluwer law international, 2003. xii, 466 págs.

Malaysia adopts new arbitration law based on UNCITRAL *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pennsilvania) 21:1:19, 2006.

Maniruzzaman, A.F.M. The Bangladesh Arbitration Act 2001 - some reflections. *Asian dispute review* (Hong Kong) 73 a 75, octubre de 2005.

Merkin, R. Arbitration law. Londres - Singapur, LLP, 2004. cxii, 1080.

Véanse, en particular, los párrs. 1.8 a 1.22, sobre la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional y la ley inglesa.

Meurs-Gerken, P.R. Distinctive features of the new Danish arbitration act. *ICC international court of arbitration bulletin* (París) 16:2:47-49, 2005.

Mistelis, L.A. Confidentiality and third party participation. *Arbitration international* (La Haya) 21:2:211-231, 2005.

Müller, C. International arbitration. A guide to the complete Swiss case law (unreported and reported). Zürich - Basel - Genève, Schulthess juristische medien AG, 2004. xxx, 332 págs.

Véanse, en particular, las págs. 221 a 276, sobre la aplicación de la nueva Convención de Nueva York de 1958.

Najjar, N. L'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international. París, L.G.D.J., 2004. xviii, 618 págs.

Nakamura, T. Appointment of arbitrators according to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. *International arbitration law review* (Londres) 8:5:179-182, 2005.

_____. Case-studies for arbitration law: arbitration agreements in writing. *JCA Journal* (Tokio) I in 52:3:31-33, marzo de 2004; II in 52:4:13-15, abril de 2004; III in 52:5:28-31, mayo de 2004.
En japonés.

Neuhaus, J.E. Current issues in the enforcement of international arbitration awards. *The university of Miami Inter-American law review* (Miami, Florida) 36:1:23-39, 2004.

Oghigian, H. Japan's new arbitration law. *Asian dispute review* (Hong Kong) 56-57, julio de 2005.

_____. Japan's new arbitration law. *Arbitration* (Londres) 71:4:344-346, 2005.

Onyema, E. Selection of arbitrators in international commercial arbitration. *International arbitration law review* (Londres) 8:2:45-54, 2005.

Oyarzabal, M.J.A. Jurisdiction over international electronic contracts: a view on inter-American, MERCOSUR, and Argentine rules. *Temple international and comparative law journal* (Filadelfia, Pennsilvania) 19:87-104, 2005.

Perales Viscasillas, P. Case law on the recognition and enforcement of arbitral awards under the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. *International arbitration law review* (Londres) 8:5:191-201, 2005.

Pozzi, V. Arbitrato e tutela cautelare: profili comparatistici. *Rivista dell'arbitrato* (Milán) 1:17-44, 2005.
En italiano.
Título en español: Arbitraje y medidas cautelares: perfiles comparativos.

Rau, A.S. The culture of American arbitration and the lessons of ADR. *Texas international law journal* (Austin, Texas) 40:449-536, 2005.

Reed, L. Mixed private and public international law solutions to international crises. *En* Recueil des cours; Académie de droit international de La Haye. Leiden, Martinus Nijhoff, 2005. págs. 177 a 410. (véase 306).
Véanse, en particular, las págs. 266 a 285, sonre la aplicación del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI por el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos.

Roughton, D. A brief review of the japonés arbitration law. *Asian international arbitration journal* (Singapur) 1:2:127-140, 2005.

Rico, R.M. Searching for standards: suspension of enforcement proceedings under article VI of the Nueva York Convention. *Asian international arbitration journal* (Singapur) 1:1:69-82, 2005.

Rubins, N. The enforcement and annulment of international arbitration awards in Indonesia. *American university international law review* (Washington, DC) 20:359-402, 2005.

Saleh, S. Commercial arbitration in the Arab Middle East. 2 ed. Oxford - Portland (Oregón), Hart Publishing, 2006. xxx, 478 págs.

Sanders, P. UNCITRAL's Model Law on International Commercial Arbitration: present situation and future. *Arbitration international* (La Haya) 21:4:443-482, 2005.

Sharaf El Din, A. Arbitration period and courts power to order suspension of arbitration procedures (comentario sobre decisiones procesales del presidente del tribunal de apelación de El Cairo). *DIAC journal* (Dubai) 1:4, 49-63, 2005.
En árabe e inglés.

Shepherd, C. *y* A. Chiu. A challenge to the appointment of an arbitrator under the UNCITRAL Rules. *Asian dispute review* (Hong Kong) 78-80, octubre de 2005.

_____. *y* E. Gooding. Hong Kong case report: applying article 8(1) of the UNCITRAL Model Law - New Sound Industries Ltd. v. Meliga Ltd. *Asian international arbitration journal* (Singapur) 1:1:95-101, 2005.

Simović, A. Prikaz arbitražnih pravila stalne arbitraže pri privrednoj komori slovenije. *Strani pravni život* (Belgrado) 34:1:153-169, 2005.
En serbio.
Título en español: Examen del reglamento del Tribunal Permanente de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Eslovenia.

Sorieul, R. UNCITRAL's current work in the field of international commercial arbitration. *Journal of international arbitration* (Londres) 22:6:543-568, 2005.

Spiegelberger, W.R. Russian court practice enforcing foreign arbitral awards: an overview. *Journal of international arbitration* (Londres) 22:4:351-356, 2005.

Stacher, M. You don't want to go there - antisuit injunctions in international commercial arbitration. *ASA bulletin* (La Haya) 23:4:640-654, 2005.

Сулейменов, М. Новое законодательство об арбитраже (научно-практический комментарий). *Журнал ЮРИСТ* (Алматы) 1:43, 2005. Puede consultarse en www.zakon.kz/magazine/archive/2005_01_2.asp.

Tepeš, N. The more favorable right provision of art. VII of the Nueva York Convention and its application to the form of arbitration agreements. *Croatian arbitration yearbook* (Zagreb) 12:125-153, 2005.

Thomas, J.C. Interim measures in international arbitration: finding the best answer. *Croatian arbitration yearbook* (Zagreb) 12:213-222, 2005.

To, A. Incorporating an arbitration agreement. *Asian dispute review* (Hong Kong) 38-42, July 2005.

UNCITRAL achieves consensus on interim measures in arbitration. *World arbitration and mediation report* (Huntington, Nueva York) 16:3:83, 2005.

Uzelac, A. Jurisdiction of the arbitral tribunal: current jurisprudence and problem areas under the UNCITRAL Model Law. *International arbitration law review* (Londres) 8:5:153-163, 2005.

_____. Written form of the arbitration agreement: towards a revision of the UNCITRAL Model Law. *Croatian arbitration yearbook* (Zagreb) 12:111-123, 2005.

Van de Hout, T.T. Le règlement d'arbitrage de la CNUDCI. *En* Les conférences du CEDROMA. Vol. I. Les traités d'entraide judiciaire, d'extradition et d'arbitrage entre le Liban et les pays arabes. Bruselas, Bruylant, 2004. págs. 233 a 239.

Von Hase, A.M. Arbitration and E-commerce related disputes: legal barriers and challenges. *En* Internet international law. International and European studies and comments. G. Chatillon, *ed*., Bruselas, Bruylant, 2005. págs. 579 a 599.

Wang, S. C. *y* S.E. Hilmer. China arbitration law v. UNCITRAL Model Law. *International arbitration law review* (Londres) 9:1:1-7, 2006.

Winstanley, A. UNCITRAL heralds the age of ex parte measures. *Model law materials* (Culoz, Francia) 5:1:5-7, 2005.

Wong, J. The issuance of interim measures in international disputes: a proposal requiring a reasonable possibility of success on the underlying merits. *Georgia journal of international and comparative law* (Athens, Georgia) 33:605-621, 2005.

Zhao, Y. Dispute resolution in electronic commerce. Leiden, Martinus Nijhoff publishers, 2005. xiii, 292 págs.

Зыкин, И. Альтернативное разрешение споров и коммерческий арбитраж. *En* Russland im Kontext der internationalen Entwicklung: internationales Privatrecht, Kulturgüterschutz, geistiges Eigentum, Rechtsvereinheitlichung/Russia in the international context: private international law, cultural heritage, intellectual property, harmonization of laws/Россия в контексте международного развития: международное частное право, защита культурных ценностей, интеллектуальная собственность, унификация права. Homenaje a Mark Moiseevic Boguslavskij.

A. Trunk, R. Knieper, A.G. Svetlanov, *eds.*, Berlín, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004. págs. 303 a 311.

IV. Transporte internacional

Alcántara, J.M. Propuesta de anteproyecto de Ley General de la navegación marítima. Algunas reflexiones desde la plaza y una valoración. *Derecho de los negocios* (Madrid) 16:178-179:5-15, 2005.

Asariotis, R. Some recent developments at UNCITRAL and UNCTAD. *Journal of international maritime law* (Witney, Reino Unido.) 11:1:69-71, 2005.

Crowley, M.E. The limited scope of the cargo liability regime covering carriage of goods by sea: the multimodal problem. *Tulane law review* (Nueva Orleans, Luisiana) 79:5-6:1461-1504, 2005.

Derrington, S. La Hayaue Rules - a lost opportunity. *The law quarterly review* (Londres) 121:209-213, 2005.

Girvin, S. Bills of lading and straight bills of lading: principles and practice. *Journal of business law* (Londres) 86-116, enero de 2006.

González Lapeyre, E. Transport maritime et régime portuaire. *En* Recueil des cours; Académie de droit international de La Haye. (V. 308.) Leiden, Martinus Nijhoff, 2005. págs. 253 a 378.

Véase, en particular, el capítulo II sobre la responsabilidad en el contrato de transporte marítimo.

Haak, K.F. The harmonization of intermodal liability arrangements. *European transport law/Droit européen des transports* (Amberes) 40:1:11-51, 2005.

Haak, K. *y* M. Hoeks. Intermodal transport under unimodal arrangements. Conflicting conventions: the UNCITRAL/CMI draft instrument and the CMR on the subject of intermodal contracts. *Transportrecht* (Neuwied, Alemania) 28:3:89-102, 2005.

Honka, H. UNCITRALs konventionsutkast om transport av gods. Tillämpningsregler. *Tidskrift utgiven av jurisdika föreningen i Finland* (Helsingfors) 4-5:530-540, 2005.
En sueco.
Título en español: El proyecto de convención de la CNUDMI sobre el transporte de mercancías. Ámbito de aplicación.

Marrella, F. Unity and diversity in international arbitration: the case of maritime arbitration. *American university international law review* (Washington, DC) 20:1055-1100, 2005.

Murungi, J.E.N. *y* L.J. Kotzé. Environmental liability under the Terminal Operators Convention: a South African perspective. *Comparative and international law journal of Southern Africa* (Pretoria) 38:1:47-74, 2005.

Nikaki, T. The UNCITRAL draft instrument on the carriage of goods [wholly or partly] [by sea]: multimodal at last or still at sea? *Journal of business law* (Londres) 647-658, septiembre de 2005.

Pejovic, C. The straight bill of lading: do we really need it? *European transport law/Droit européen des transports* (Amberes) 40:3:303-319, 2005.

Sturley, M.F. Overruling Sky Reefer in the international arena: a preliminary assessment of forum selection and arbitration clauses in the new UNCITRAL transport law convention. *Journal of maritime law and commerce* (Baltimore, Maryland) 37:1:1-21, 2006.

_____. Solving the scope-of-application puzzle: contracts, trades, and documents in the UNCITRAL transport law project. *Journal of international maritime law* (Witney, Reino Unido) 11:1:22-41, 2005.

Sweeney, J.C. Exculpatory clauses in global transport: crossing the Himalayas. Norfolk Southern Railway Co. v. James N. Kirby, Pty Ltd., 125 S.Ct. 385, 2004 AMC 2705 (2004). *Journal of maritime law and commerce* (Baltimore, Maryland) 36:2:155-199, 2005.

V. Pagos internacionales

Rodner, J.O. El dinero: obligaciones de dinero y de valor, la inflación y la deuda en moneda extranjera. 2 ed. Caracas: Academia de ciencias políticas y sociales, Centro de investigaciones jurídicas, 2005, 1.172 págs.

VI. Comercio electrónico

Бахин, С.В. *и* А.В. Зажигалкин. Электронная коммерция: правовые проблемы конвенционного регулирования. *Журнал международного частного права* (Санкт-Петербург) 38:4:1-19, 2002.

Bakhin, S.V. *y* A.V. Zazhigalkin. Electronic commerce: legal problems of conventional regulation. *Journal of private international law* (San Petersburgo) 38:4:19-33, 2002.
Traducción inglesa del original ruso.

Benabou, V.L. Should there be a minimum harmonization of the law? *En* Internet international law. International and European studies and comments. G. Chatillon, *ed*., Bruselas, Bruylant, 2005. págs. 167 a 178.

Blythe, S.E. Hong Kong electronic signature law and certification authority regulations: promoting E-commerce in the world's "most wired" city. *North Carolina journal of law & technology* (Chapel Hill, Carolina del Norte) 7:1:1-65, 2005.

Brin, J. P. The protective roles of the law as regards technology. *En* Internet international law. International and European studies and comments. G. Chatillon, *ed*., Bruselas, Bruylant, 2005. págs. 467 a 481.

Caprioli, E.A. International aspects of electronic commerce. *En* Internet international law. International and European studies and comments. G. Chatillon, *ed*., Bruselas, Bruylant, 2005. págs. 179 a 189.

Castellani, L. UNCITRAL developments on arbitration agreements in electronic form. *The arbitrator & mediator* (Melbourne) 24:1:19-24, 2005.

D'Avila Dutra, R. *y* H. Dias Carneiro. Electronic contracts and signatures in Brazil. *En* Comparative law yearbook of international business; volumen 27, 2005. La Haya, Kluwer Law International, 2005. págs. 3 a 21.

Draetta, U. Internet e commercio elettronico nel diritto internazionale dei privati. 2 ed. Milán, Giuffrè editore, 2005. 251 págs.
En italiano.
Título en español: Internet y el comercio electrónico en el derecho internacional privado.
Véanse, en particular, las págs. 90 a 98 sobre la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, y las págs. 116 y 117 sobre la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas.

_____. Internet et commerce électronique en droit international des affaires. *En* Recueil des cours; Académie de droit international de La Haye. Leiden, Martinus Nijhoff, 2005. págs. 9 a 232. (véase 314)

Eko, L. *y* N. Tolstikova. To sign or not to sign on the electronic dotted line: the United States, the Russian Federation, and international electronic signature policy. *International journal of communications law and policy* (Münster, alemány - New Haven, Conneticut, EE.UU.) 10:5,2005. Puede coknsultarse en: www.ijclpágs.org/10_2005/pdf/ijclp_05_10_2005.pdf.

Estrella Faria, J.A. Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux. *Journal du droit international* (París) 133:1:393-403, 2006.

Gregory, J.D. Canadian and American legislation on electronic signatures with reflections on the European Union directive. *En* Internet international law. International and European studies and comments. G. Chatillon, *ed*., Bruselas, Bruylant, 2005. págs. 399 a 413.

Intven, H., R. Pfohl, C. Slusarchuk *and* B. Sookman. Legal and regulatory aspects of E-commerce and the Internet. *The World Bank legal review: law and justice for development* (Washington, DC) 1:3-159, 2003.

New draft convention for electronically created agreements. *World arbitration and mediation report* (Huntington, Nueva York) 16:11:335, 2005.

Mas, F. La conclusion des contrats du commerce électronique. París, LGDJ, 2005. xii, 442 págs.

Martin, C.H. The UNCITRAL electronic contracts convention: will it be used or avoided? *Pace international law review* (White Plains, Nueva York) 17:261-300, 2005.

Natsui, T. Electronic contracts and signatures in Japan. *En* Comparative law yearbook of international business; volumen 27, 2005. La Haya, Kluwer Law International, 2005. págs. 23 a 66.

Niibori, S. Gurōbaru shōtorihiki-hō kakuron kokusaï keiyaku ni okeru denshi tsūshin no shiyō ni kan suru kokuren jōyaka. *JCA journal* (Tokio) 53:3:46-51, marzo de 2006 (parte I).

En japonés.

Título en español: Ensayos sobre los contratos mercantiles globales: Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales.

Oyarzabal, M.J.A. Jurisdiction over international electronic contracts: a view on inter-American, MERCOSUR, and Argentine rules. *Temple international and comparative law journal* (Filadelfia, Pennsilvania) 19:87-104, 2005.

Paterson J., A. Robertson *y* P. Heffey. Contract cases and materials. 10 ed. Sydney, Lawbook co., 2005. lix, 1214 págs.

Véase, en particular, el párr. 3.240, sobre la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico.

Perales Viscasillas, M. Convención de UNCITRAL sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (proyecto de 2005) e ICC eTerms 2004. *elDial.com. Suplemento de derecho internacional privado y de la integración*. 25 noviembre 2005. Revista en línea.

Proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales. *Derecho de los negocios* (Madrid) 16:177:33-38, 2005.

Railas, L. Sähköiset sopimukset kansainvälisessä kaupassa - UNCITRALin uusi yleissopimus. *Defensor legis* (Helsinki) 86:6:1268-1291, 2005.

En finlandés.

Título en español: Los contratos electrónicos en el comercio internacional.

Sorieul, R. The UNCITRAL's Model Law on Electronic Signatures. *En* Internet international law. International and European studies and comments. G. Chatillon, *ed*., Bruselas, Bruylant, 2005. págs. 389 a 397.

Von Hase, A.M. Arbitration and E-commerce related disputes: legal barriers and challenges. *En* Internet international law. International and European studies and comments. G. Chatillon, *ed*., Bruselas, Bruylant, 2005. págs. 579 a 599.

Зажигалкин, А.В. Международно-правовое регулирование электронной коммерцой. Санкт-Петербург, ТЕХМАШ, 2005. 28 с. Автореферат.

Zhao, Y. Dispute resolution in electronic commerce. Leiden, Martinus Nijhoff publishers, 2005. xiii, 292 págs.

VII. Garantías independientes y cartas de crédito contingente

Barnes, J.G. Paper on scope of draft UNCITRAL legislative guide on secured transactions with respect to letters of credit. *En* The 2005 annual survey of letter of credit law & practice. Byrne J.E. and C.S. Byrnes, *eds.* Montgomery Village (MD) Institute of international banking law & practice, 2005. págs. 186 a 189.

Bertrams, R.F. Bank guarantees in international trade. 3 rev. ed. La Haya, Kluwer law international, 2004. xxviii, 562 págs.

VIII. Contratación pública

Mosoti, V. Reforming the laws on public procurement in the developing world: the example of Kenya. *International and comparative law quarterly* (Londres) 54:3:621-649, 2005.

Nwogwugwu, E. Towards the harmonization of international procurement policies and practices. *Public procurement law review* (Londres) 14:3:131-152, 2005.

Trepte, P. Regulating procurement: understanding the ends and means of public procurement regulation. Nueva York (Nueva York) Oxford university press, 2004. xiv, 411 págs.

Yukins, C.R. *y* D. Wallace, Jr. UNCITRAL considers electronic reverse auctions, as comparative public procurement comes of age in the United States. *Public procurement law review* (Londres) 14:4:183-202, 2005.

IX. Insolvencia

Abeyratne, S. Third UNCITRAL/INSOL international insolvency colloquium. *INSOL world; the quarterly journal of INSOL International* (Londres) primer trimestre de 2006, pág. 34.

Baillo Morales-Arce, J. Impulso a los trabajos de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia. *Revista de derecho bancario y bursátil* (Valladolid) 24:99:272, 2005.

Biery, E.H., L.B. Jason *y* J.D. Cornwell. A look at transnational insolvencies and chapter 15 of the bankruptcy abuse prevention and consumer protection act of 2005. *Boston college law review* (Boston, Massachusetts) 47:23-57, 2005.

El-Boraei, R. Forum of competent jurisdiction: lessons from the European Union insolvency regulation. *The international lawyer* (Chicago, Illinois) 39:4:781-816, 2005.

Garašić, J. Anerkennung ausländischer Insolvenzverfahren. Fráncfort del Meno: Peter Lang, 2005, 2 vols., 499 págs., 633 págs.
En alemán.
Título en español: El reconocimiento de procedimientos de insolvencia extranjeros.

Greene, J. Bankruptcy beyond borders: recognizing foreign proceedings in cross-border insolvencies. *Brooklyn journal of international law* (Nueva York, NY) 685-727, 2005.

Heath, P. Sixth joint UNCITRAL/INSOL colloquium. *INSOL world; the quarterly journal of INSOL International* (Londres) tercer trimestre 2005. pág. 7.

The implementation of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency in Great Britain. *Freshfields Bruckhaus Deringer News release*, 4 de abril de 2006.

Kurth, M. The UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency gains momentum with its incorporation in the United States Bankruptcy Code. *INSOL world; the quarterly journal of INSOL International* (Londres) tercer trimestre de 2005. págs. 25 y 26.

Leonard, B. Reforming Chapter 11: an international perspective. *Eurofenix* (Wallingford, Reino Unido) otoño de 2005, 14-15.

Lyons, H. *y* J. Tillman. Cross-border insolvency: a patchwork quilt. *Eurofenix* (Wallingford, Reino Unido) otoño de 2005, 7.

Riddler, G. *y* E. Widdowson. A model law on cross-border insolvency? *INSOL world; the quarterly journal of INSOL International* (Londres) primer trimestre de 2006, pág. 29.

Rüfner, T. Neues internationales Insolvenzrecht in den USA. *ZIP - Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (Köln) 26:42:1859-1865, 2005.
En alemán.
Título en español: El nuevo derecho de insolvencia internacional en los Estados Unidos de América.

Smith, C. Who takes charge after cross-border failure? *Financial times* (Londres) 23 de febrero de 2006, 11.

Westbrook, J.L. Chapter 15 at last. *The American bankruptcy law journal* (Lexington, Carolina del Sur) 79:713-729, 2005.

X. Financiación por cesión de créditos

Bazinas, S.V. *y* L. Meinhard (ed.) Das UN-Abtretungsübereinkommen. Wien, Springer - Bank Verlag, 2005. 135 págs.

Horn, R. Die UN-Konvention über Forderungsabtretungen als Einheitrecht. *En* Norm und Wirkung. Homenaje a Wolfgang Wiegand por sus 65 años. E. Bucher, C.-W. Canaris, H. Honsell, T. Koller, *eds*., Bern - Múnich, Stämpfli Verlag AG - Verlag C.H. Beck, 2005. págs. 373 a 386.

En alemán.

Título en español: La convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional como ley uniforme.

Kieninger, E.M. Nationale, europäische und weltweite Reformen des Mobiliarsicherungsrecht (parte II). *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht* (Fráncfort) 59:50-52:2353-2359, 2005.

En alemán.

Título en español: Reformas nacionales, europeas y mundiales del derecho de garantías reales sobre bienes muebles (parte II).

_____. *y* E. Schütze. Die Forderungsabtretung im Internationalen Privatrecht. *IPRax* (Bielefeld) 25:3:200-208, 2005.

Wiegand, W.y C. Zellweger-Gutknecht. Assignment. *en* UNIDROIT principles: new developments and applications. París, ICC International Court of Arbitration bulletin special supplement, [no. 662] 2005. págs. 27 a 41.

XI. Contratos internacionales de construcción

[*No hay publicaciones inscritas bajo este encabezamiento*.]

XII. Comercio compensatorio internacional

[*No hay publicaciones inscritas bajo este encabezamiento*.]

XIII. Proyectos de infraestructura con financiación privada

De Cazalet, B. *Y* J. Crothers. Présentation des Dispositions législatives type sur les projets d'infrastructures a financement privé. Additif du Guide législatif de la CNUDCI./ Presentation of the UNCITRAL Model Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure Projects. Addendum to UNCITRAL Legislative Guide. *Revue de droit des affaires internationales/International business law journal* (París) 1:33-41, 2004.

Wallace, D., Jr. Creating law in changing societies: the case of law for privately financed infrastructure projects. *En* Liber amicorum Ibrahim F.I. Shihata. S. Schlemmer Schulte and Ko-Yung Tung, eds. La Haya, Kluwer law international, 2001. págs. 827 a 838.

_____. Private and capital infrastructure: tragic? Useful and pleasant? Inevitable? *En* Privatising development: transnational law, infrastructure and human rights. M.B. Likosky, *ed.* Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2005. págs. 131 a 145.

XIV. Garantías reales

Bazinas, S.V. The UNCITRAL draft legislative guide on secured transactions. *Uniform law review / Revue de droit uniforme* (Rome) 10:1-2:141-154, 2005.

Bourbon-Seclet, C. Cross-border security interest in movable property: an attempt at rationalizing the international patchwork. Part 2. *Journal of international banking law and regulation* (Londres) 20:10:501-513, 2005.

Machoka, P. The need for efficient and effective secured transactions regimes in sub-Saharan Africa: the case for Kenya. *Journal of international banking law and regulation* (Londres) 20:8:395-401, 2005.

Anexo

Textos jurídicos de la CNUDMI

Título abreviado	*Título completo*
Convención de la CNUDMI sobre la Letra y el Pagaré (1988)	Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales (1988)[a]
Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos (2001)	Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (2001)[b]
Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías y Cartas de Crédito Contingente (1995)	Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente (1995)[c]
Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa (1980)	Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980)[d]
Convención sobre la Prescripción (1974/1980)	Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías, 1974 (Nueva York)[e] y Protocolo de modificación de la Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías, 1980 (Viena)[f]
Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas (2005)	Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (2005)[g]

[a] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.95.V.16.
[b] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.04.V.14.
[c] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.97.V.12.
[d] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.95.V.12.
[e] *Documentos Oficiales de las Naciones Unidas sobre la Prescripción en la Compraventa Internacional de Mercaderías, Nueva York, 20 de mayo a 14 de junio de 1974* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.74.V.8), parte I.
[f] *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Viena, 10 de marzo a 11 de abril de 1980* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.81.IV.3), parte I.
[g] A/Res.60/21 (9 de diciembre de 2005).

Título abreviado	*Título completo*
Convenio de las Naciones Unidas sobre los Empresarios de Terminales (1991)	Convenio de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional (1991)[h]
Disposiciones Modelo de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura (2003)	Disposiciones Legales Modelo de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada (2003)[i]
Guía de la CNUDMI para los Contratos de Construcción (1987)	Guía jurídica de la CNUDMI para la redacción de contratos internacionales de construcción de instalaciones industriales (1987)[j]
Guía sobre de la CNUDMI Comercio Compensatorio Internacional (1992)	Guía Jurídica de la CNUDMI sobre Operaciones de Comercio Compensatorio Internacional (1992)[k]
Guía de la CNUDMI sobre el régimen de la Insolvencia (2004)	Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la Insolvencia (2004)[l]
Guía de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura (2001)	Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada (2001)[m]
Guía de la CNUDMI sobre Transferencias Electrónicas de Fondos (1986)	Guía Jurídica de la CNUDMI sobre Transferencias Electrónicas de Fondos[n]
Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996)	Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996)[o]
Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias de Crédito (1992)	Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito[p]
Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje (1985)	Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985)[q]

[h] *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional, Viena, 2 a 19 de abril de 1991* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.93.XI.3), parte I, documento A/CONF.152/13, anexo.

[i] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.04.V.11.

[j] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.87.V.10.

[k] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.93.V.7.

[l] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.05.V.10.

[m] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.01.V.4.

[n] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.87.V.9.

[o] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.99.V.4.

[p] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.95.V.11.

[q] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.98.V.18.

Título abreviado	*Título completo*
Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública (1994)	Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (1994)[r]
Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación (2002)	Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (2002)[s]
Ley Modelo de la CNUDMI sobre Insolvencia (1997)	Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (1997)[t]
Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas (2001)	Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas (2001)[u]
Notas sobre el Proceso Arbitral de la CNUDMI (1996)	Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral (1996)[v]
Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (1976)	Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (1976)[w]
Reglamento de Conciliación de la CNUDMI (1980)	Reglamento de Conciliación de la CNUDMI (1980)[x]
Reglas de Hamburgo (1978)	Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, 1978 (Hamburgo)[y]

[r] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.05.V.13.
[s] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.99.V.4.
[t] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.02.V.3.
[u] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.02.V.8.
[v] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/51/17), parte II.
[w] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.93.V.6.
[x] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.81.V.6.
[y] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.95.V.14.

V. LISTA DE DOCUMENTOS DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

A. Lista de documentos presentados a la Comisión en su 39º período de sesiones

1. Serie de distribución general

Signatura	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
A/CN.9/587	Programa provisional con anotaciones y calendario de reuniones del 39º período de sesiones	
A/CN.9/588	Informe del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) sobre la labor de su octavo período de sesiones (Viena, 5 a 9 de septiembre de 2005)	Segunda parte, I, A
A/CN.9/589	Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación acerca de la labor realizada en su 43º período de sesiones (Viena, 3 a 7 de octubre de 2005)	Segunda parte, II, A
A/CN.9/590	Informe del Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) sobre la labor de su octavo período de sesiones	Segunda parte, III, A
A/CN.9/591 y Corr.1	Informe del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) sobre la labor de su 16º período de sesiones (Viena, 28 de noviembre a 9 de diciembre de 2005)	Segunda parte, IV, A
A/CN.9/592	Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación acerca de la labor de su 44º período de sesiones (Nueva York, 23 a 27 de enero de 2006)	Segunda parte, II, E
A/CN.9/593	Informe del Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales acerca de la labor de su noveno período de sesiones (Nueva York, 30 de enero a 3 de febrero de 2006)	Segunda parte, I, D
A/CN.9/594	Informe del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) sobre la labor de su 17º período de sesiones (Nueva York, 3 a 13 de abril de 2006)	Segunda parte, IV, M
A/CN.9/595	Informe del Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) sobre la labor de su noveno período de sesiones (Nueva York, 24 a 28 de abril de 2006)	Segunda parte, III, E
A/CN.9/596	Régimen de la insolvencia: posible labor futura	Segunda parte, V, B
A/CN.9/597	Régimen de la insolvencia: Evolución del régimen de la insolvencia: adopción de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza; aplicación de protocolos transfronterizos y de pautas para la comunicación interjudicial; y jurisprudencia interpretativa de “centro de los principales intereses” y “establecimiento” de una empresa en la Unión Europea	Segunda parte, V, C

A/CN.9/598	Actividades que actualmente llevan a cabo las organizaciones internacionales para armonizar y unificar el derecho mercantil internacional	Segunda parte, IX
A/CN.9/598/Add.1	Labor de las organizaciones internacionales concerniente al marco legal de la contratación pública	Segunda parte, IX
A/CN.9/598/Add.2	Actividades que están desarrollando las organizaciones internacionales en relación con la armonización y unificación del derecho mercantil internacional	Segunda parte, IX
A/CN.9/599	Asistencia técnica	Segunda parte, VII
A/CN.9/600	El fraude comercial: labor en curso y posible labor futura	Segunda parte, V, D
A/CN.9/601	Situación actual de las convenciones y leyes modelo	Segunda parte, VIII
A/CN.9/602	Bibliografía de obras recientemente publicadas relativas a la labor de la CNUDMI	
A/CN.9/603	Informe del Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales acerca de la labor de su décimo período de sesiones (Nueva York, 1 a 5 de mayo de 2006)	Segunda parte, I, F
A/CN.9/604	Posible labor futura en materia de comercio electrónico	Segunda parte, V, A
A/CN.9/605	Solución de controversias comerciales: Medidas cautelares	Segunda parte, II, H
A/CN.9/606	Solución de controversias comerciales: Acuerdo sobre la forma del arbitraje	Segunda parte, II, I
A/CN.9/607	Solución de controversias comerciales: Proyecto de declaración sobre la interpretación del párrafo 2 del artículo II y del párrafo 1 del artículo VII de la Convención de Nueva York	Segunda parte, II, J
A/CN.9/608 y Add.1 a 4	Aspectos jurídicos del comercio electrónico: Nota explicativa de la Convención sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales	
A/CN.9/609 y Add.1 a 6	Proyecto de disposiciones legales sobre medidas cautelares y sobre la forma del acuerdo de arbitraje -Proyecto de declaración sobre la interpretación de los artículos II 2) y VII 1) de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras: Observaciones recibidas de los Estados Miembros y de las organizaciones internacionales	Segunda parte, II, K
A/CN.9/610 y Corr.1	Solución de controversias comerciales: Posible labor futura en materia de solución de controversias comerciales	Segunda parte, II, L
A/CN.9/610/Add.1	Solución de controversias comerciales - Posible labor futura en la esfera de la solución de controversias comerciales: revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI	Segunda parte, II, L

A/CN.9/611	Garantías reales: Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas. Garantías reales sobre créditos por cobrar	Segunda parte, I, I
A/CN.9/611/Add.1	Garantías reales: Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas. Garantías reales sobre los derechos al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, el producto de una promesa independiente, los títulos negociables y los documentos negociables	Segunda parte, I, I
A/CN.9/611/Add.2	Garantías reales: Recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas	Segunda parte, I, I
A/CN.9/611/Add.3	Garantías reales: Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas	Segunda parte, I, I
A/CN.9/612	Derecho del transporte: Preparación de un proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: Propuesta conjunta presentada por Australia y Francia sobre la autonomía contractual en el marco de los contratos de volumen	Segunda parte, IV, X

2. Serie de distribución reservada

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
A/CN.9/XXXIX/CRP.1 y Add.1 a Add.24	Proyecto de informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 39º período de sesiones	No reproducido
A/CN.9/XXXIX/CRP.2	Esbozo de programa para un Congreso de la CNUDMI sobre un derecho moderno para un comercio globalizado	No reproducido

3. Serie informativa

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
A/CN.9/XXXIX/INF.1 y Rev.1	Lista de participantes	No reproducido
A/CN.9/XXXIX/INF.2	Programa para el acto especial dedicado a la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales	

B. Lista de documentos presentados al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su 8º período de sesiones

1. Documentos de trabajo

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
A/CN.9/WG.VI/WP.20	Programa provisional	No reproducido
A/CN.9/WG.VI/WP.21 y Add.1 a Add.5	Nota de la Secretaría sobre garantías reales: recomendaciones relativas al proyecto de guía legislativa sobre la operaciones garantizadas, presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su 8º período de sesiones	Segunda parte, I, B
A/CN.9/WG.VI/WP.22 y Add.1	Nota de la Secretaría sobre proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su 8º período de sesiones	Segunda parte, I, C

2. Serie de distribución reservada

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
A/CN.9/WG.VI/VIII/CRP.1 y Add.1 a Add.4	Proyecto de informe del Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su octavo período de sesiones	No reproducido

3. Serie informativa

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
A/CN.9/WG.VI/VIII/INF.1	Lista de participantes	No reproducido

C. Lista de documentos presentados al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su 9º período de sesiones

1. Documentos de trabajo

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
A/CN.9/WG.VI/WP.23	Programa provisional	No reproducido
A/CN.9/WG.VI/WP.24 y Add.1 a Add.5	Nota de la Secretaría sobre garantías reales: recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su 9º período de sesiones	Segunda parte, I, E

2. Serie de distribución reservada

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
A/CN.9/WG.VI/IX/CRP.1 y Add.1 a Add.4	Proyecto de informe del Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su noveno período de sesiones	No reproducido
A/CN.9/WG.VI/IX/CRP.2	Recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas	No reproducido
A/CN.9/WG.VI/IX/CRP.3	Propuesta de la Commercial Finance Association relativa a la recomendación 133 enunciada en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5	No reproducido

3. Serie informativa

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
A/CN.9/WG.VI/IX/INF.1	Lista de participantes	No reproducido

D. Lista de documentos presentados al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su décimo período de sesiones

1. Documentos de trabajo

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
A/CN.9/WG.VI/WP.25	Programa provisional	No reproducido
A/CN.9/WG.VI/WP.26 y Add.1 a Add.8	Nota de la Secretaría sobre garantías reales: proyecto de guía legislativas sobre las operaciones garantizadas, presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su décimo período de sesiones	Segunda parte, I, G
A/CN.9/WG.VI/WP.27 y Add.1 a Add.2	Nota de la Secretaría sobre garantías reales: proyecto de guía legislativas sobre las operaciones garantizadas, presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su décimo período de sesiones	Segunda parte, I, H

2. Serie de distribución reservada

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
A/CN.9/WG.VI/X/CRP.1 y Add.1 a Add.4	Proyecto de informe del Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su décimo período de sesiones	No reproducido
A/CN.9/WG.VI/X/CRP.2	Propuesta de la Commercial Finance Association y de los Estados Unidos de América sobre la recomendación 16 y asuntos conexos (A/CN.9/WG.VI/WP.26)	No reproducido

A/CN.9/WG.VI/X/CRP.3	Propuesta presentada por Francia, España y la Cámara Internacional de Comercio concerniente a la recomendación 139 (A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.1)	No reproducido

3. Serie informativa

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
A/CN.9/WG.VI/INF.1	Lista de participantes	No reproducido

E. Lista de documentos presentados al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación Comercial Internacional en su 43º período de sesiones

1. Documentos de trabajo

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
A/CN.9/WG.II/WP.135	Programa provisional	No reproducido
A/CN.9/WG.II/WP.136	Nota de la Secretaría sobre solución de controversias comerciales: preparación de una disposición legal modelo sobre el requisito de la forma escrita para el acuerdo de arbitraje, presentado al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje en su 43º período de sesiones	Segunda parte, II, B
A/CN.9/WG.II/WP.137 y Add.1	Solución de controversias comerciales: preparación de disposiciones uniformes sobre el requisito de la forma escrita para los acuerdos de arbitraje, propuesta de la delegación de México, presentado al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje en su 43º período de sesiones	Segunda parte, II, C
A/CN.9/WG.II/WP.138	Nota de la Secretaría sobre solución de controversias comerciales: medidas cautelares, presentado al grupo de Trabajo sobre Arbitraje en su 43º período de sesiones	Segunda parte, II, D

2. Serie de distribución reservada

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
A/CN.9/WG.II/XLIII/ CRP.1 y Add.1 a Add.4	Proyecto de informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación acerca de la labor de su 43º período de sesiones	No reproducido
A/CN.9/WG.II/XLIII/ CRP.2 y Add.1	Proyecto de artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional relativo a la facultad de un tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares	No reproducido

3. Serie informativa

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
A/CN.9/WG.II/XLIII/INF.1	Lista de participantes	No reproducido

F. Lista de documentos presentados al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación Comercial Internacional en su 44º período de sesiones

1. Documentos de trabajo

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
A/CN.9/WG.II/WP.139	Nota de la Secretaría sobre solución de controversias comerciales: preparación de disposiciones uniformes sobre la forma escrita en los acuerdos de arbitraje, presentado al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje en su 44º período de sesiones	Segunda parte, II, F
A/CN.9/WG.II/WP.140	Programa provisional	No reproducido
A/CN.9/WG.II/WP.141	Nota de la Secretaría sobre solución de controversias comerciales: medidas cautelares, presentado al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje en su 44º período de sesiones	Segunda parte, II, G

2. Serie de distribución reservada

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
A/CN.9/WG.II/XLIV/CRP.1 y Add.1 a Add.5	Proyecto de informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación acerca de la labor de su 44º período de sesiones	No reproducido

3. Serie informativa

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
A/CN.9/WG.II/XLIV/INF.1	Lista de participantes	No reproducido

G. Lista de documentos presentados al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su 8º período de sesiones

1. Documentos de trabajo

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
A/CN.9/WG.I/WP.37 y Corr.1	Programa provisional	No reproducido
A/CN.9/WG.I/WP.38 y Add.1	Nota de la Secretaría sobre posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios, presentado al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su 8º período de sesiones	Segunda parte, III, B
A/CN.9/WG.I/WP.39 y Add.1	Nota de la Secretaría sobre posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios, presentado al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su 8º período de sesiones	Segunda parte, III, C
A/CN.9/WG.I/WP.40 y Add.1	Nota de la Secretaría sobre posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios, presentado al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su 8º período de sesiones	Segunda parte, III, D

2. Serie de distribución reservada

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
A/CN.9/WG.I/VIII/CRP.1 y Add.1 a Add.5	Proyecto de informe del Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública acerca de la labor de su octavo período de sesiones	No reproducido

3. Serie informativa

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
A/CN.9/WG.I/VIII/INF.1/ Rev.2	Lista de participantes	No reproducido

H. Lista de documentos presentados al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su 9º período de sesiones

1. Documentos de trabajo

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
A/CN.9/WG.I/WP.41	Programa provisional	No reproducido
A/CN.9/WG.I/WP.42 y Add.1	Nota de la Secretaría sobre posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios, presentado al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su 9º período de sesiones	Segunda parte, III, F
A/CN.9/WG.I/WP.43 y Add.1	Nota de la Secretaría sobre posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios, presentado al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su 9º período de sesiones	Segunda parte, III, G
A/CN.9/WG.I/WP.44 y Add.1	Nota de la Secretaría sobre posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios, presentado al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su 9º período de sesiones	Segunda parte, III, H
A/CN.9/WG.I/WP.45 y Add.1	Nota de la Secretaría sobre posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios, presentado al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su 9º período de sesiones	Segunda parte, III, I

2. Serie de distribución reservada

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
A/CN.9/WG.I/IX/CRP.1 y Add.1 a Add.4	Proyecto de informe del Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública acerca de la labor de su noveno período de sesiones	No reproducido

3. Serie informativa

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
A/CN.9/WG.I/IX/INF.1/Rev.1	Lista de participantes	No reproducido

I. Lista de documentos presentados al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 16º período de sesiones anuales

1. Documentos de trabajo

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
A/CN.9/WG.III/WP.48	Programa provisional	No reproducido
A/CN.9/WG.III/WP.49	Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: vía judicial y arbitraje: información presentada por la delegación de Dinamarca durante el 15º período de sesiones, presentado al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 16º período de sesiones	Segunda parte, IV, B
A/CN.9/WG.III/WP.50/ Rev.1	Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: derecho de control: información presentada por la delegación de Noruega, presentado al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 16º período de sesiones	Segunda parte, IV, C
A/CN.9/WG.III/WP.51	Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: ámbito de aplicación y autonomía contractual de las partes: información presentada por la delegación de Finlandia en el 15º período de sesiones, presentado al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 16º período de sesiones	Segunda parte, IV, D
A/CN.9/WG.III/WP.52	Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente][marítimo] de mercancías: transferencia de derechos: información presentada por la delegación de Suiza, presentado al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 16º período de sesiones	Segunda parte, IV, E
A/CN.9/WG.III/WP.53	Nota de la Secretaría sobre preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: diagrama para la comparación de los niveles de limitación de la responsabilidad del porteador entre los países, presentado al Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte en su 16º período de sesiones	Segunda parte, IV, F
A/CN.9/WG.III/WP.54	Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: propuesta de los Países Bajos sobre el arbitraje, presentado al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 16º período de sesiones	Segunda parte, IV, G

A/CN.9/WG.III/WP.55	Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: obligaciones del cargador: información presentada por la delegación de Suecia, presentado al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 16º período de sesiones	Segunda parte, IV, H
A/CN.9/WG.III/WP.56	Nota de la Secretaría sobre proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías, presentado al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 16º período de sesiones	Segunda parte, IV, I
A/CN.9/WG.III/WP.57	Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: entrega: información presentada por la delegación de los Países Bajos, presentado al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 16º período de sesiones	Segunda parte, IV, J
A/CN.9/WG.III/WP.58	Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: propuesta presentada por los Estados Unidos de América, presentado al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 16º período de sesiones	Segunda parte, IV, K
A/CN.9/WG.III/WP.59	Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: observaciones del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, presentado al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 16º período de sesiones	Segunda parte, IV, L

2. Serie de distribución reservada

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
A/CN.9/WG.III/XVI/CRP.1 y Add.1 a Add.6	Proyecto de informe del Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte acerca de la labor de su 16º período de sesiones	No reproducido
A/CN.9/WG.III/XVI/CRP.2	Propuesta conjunta de la Comunidad Europea y de los Estados Unidos de América sobre el Capítulo 16 relativo a la vía judicial	No reproducido
A/CN.9/WG.III/XVI/CRP.3	Propuesta conjunta de la Comunidad Europea, de los Estados Unidos de América, del Japón y de Noruega	No reproducido
A/CN.9/WG.III/XVI/CRP.4	Texto relativo al capítulo 17 sobre la vía arbitral propuesto conjuntamente por Dinamarca, los Estados Unidos de América, el Japón y los Países Bajos	No reproducido

3. Serie informativa

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
A/CN.9/WG.III/XVI/ INF.1/Rev.2	Lista de participantes	No reproducido

J. Lista de documentos presentados al Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte en su 17º período de sesiones

1. Documentos de trabajo

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
A/CN.9/WG.III/WP.60 y Corr.1	Programa provisional	No reproducido
A/CN.9/WG.III/WP.61	Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: propuesta de Finlandia, presentado al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 17º período de sesiones	Segunda parte, IV, N
A/CN.9/WG.III/WP.62	Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: títulos de transporte y documentos electrónicos de transporte: documento presentado a título de información por la delegación de los Estados Unidos de América, presentado al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 17º período de sesiones	Segunda parte, IV, O
A/CN.9/WG.III/WP.63	Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: entrega al consignatario: propuesta de la delegación de Suiza, presentado al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 17º período de sesiones	Segunda parte, IV, P
A/CN.9/WG.III/WP.64	Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: observaciones del Consejo de Cargadores Marítimos de Europa, presentado al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 17º período de sesiones	Segunda parte, IV, Q
A/CN.9/WG.III/WP.65	Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: propuesta del Japón, presentado al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 17º período de sesiones	Segunda parte, IV, R
A/CN.9/WG.III/WP.66	Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: contratos de volumen: documento presentado por el Comité Marítimo Internacional, presentado al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 17º período de sesiones	Segunda parte, IV, S
A/CN.9/WG.III/WP.67	Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: obligaciones del cargador: propuesta de redacción presentada por la delegación de Suecia, presentado al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 17º período de sesiones	Segunda parte, IV, T

A/CN.9/WG.III/WP.68	Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: propuesta de los Países Bajos, presentado al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 17º período de sesiones	Segunda parte, IV, U
A/CN.9/WG.III/WP.69	Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: obligaciones del cargador: propuesta de los Estados Unidos, presentado al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 17º período de sesiones	Segunda parte, IV, V
A/CN.9/WG.III/WP.70	Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: propuestas de la delegación de Italia, presentado al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 17º período de sesiones	Segunda parte, IV, W

2. Serie de distribución reservada

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
A/CN.9/WG.III/XVII/CRP.1 y Add.1 a Add.22	Proyecto de informe del Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte acerca de la labor de su 17º período de sesiones	No reproducido

3. Serie informativa

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
A/CN.9/WG.III/XVII/INF.1/Corr.1	Lista de participantes	No reproducido

VI. LISTA DE DOCUMENTOS DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL REPRODUCIDOS EN VOLÚMENES ANTERIORES DEL *ANUARIO*

En la presente lista se especifica el año, la parte, el capítulo y la página de los volúmenes anteriores del *Anuario* en que se han reproducido documentos relacionados con la labor de la Comisión; los documentos no incluidos en la lista no fueron reproducidos en el *Anuario*. Los documentos están clasificados con arreglo a las siguientes categorías:

1. Informes de la Comisión sobre sus períodos de sesiones anuales
2. Resoluciones de la Asamblea General
3. Informes de la Sexta Comisión
4. Pasajes de los informes de la Junta de Comercio y Desarrollo, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo
5. Documentos presentados a la Comisión (incluidos los informes de las reuniones de los Grupos de Trabajo)
6. Documentos presentados a los Grupos de Trabajo:
   a) Grupo de Trabajo I:
      Los plazos y la prescripción (1969 a 1971) proyectos de infraestructura con financiación privada (desde 2001 a 2003); contratación pública (desde 2004)
   b) Grupo de Trabajo II:
      Compraventa internacional de mercaderías (1968 a 1978); prácticas contractuales internacionales (1981 a 2000); arbitraje comercial internacional (desde 2000)
   c) Grupo de Trabajo III:
      Reglamentación internacional del transporte marítimo (1970 a 1975); Derecho del Transporte (desde 2002)**
   d) Grupo de Trabajo IV:
      Títulos negociables internacionales (1973 a 1987); pagos internacionales (1988 a 1992); intercambio electrónico de datos (1992 a 1996); comercio electrónico (desde 1997)
   e) Grupo de Trabajo V:
      Nuevo orden económico internacional (1981 a 1994); insolvencia transfronteriza (1995 a 1999); régimen de la insolvencia (desde 2001)*

---

* Para el 23º período de sesiones (Viena, 11 a 22 de diciembre de 2000), este Grupo de Trabajo recibió el nombre de Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales (véase A/55/17, párr. 186).

f) Grupo de Trabajo VI:
Garantías reales (desde 2002)**

7. Actas resumidas de los debates de la Comisión

8. Textos aprobados por Conferencias de Plenipotenciarios

9. Bibliografías de obras relativas a la labor realizada por la Comisión.

** En su 35º período de sesiones, la Comisión adoptó períodos de sesiones de una semana, convirtiendo en seis los tres Grupos de Trabajo activos.

1. Informes de la Comisión sobre sus períodos de sesiones anuales

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/7216 (primer período de sesiones)	Volumen I: 1968-1970	Segunda parte, I, A
A/7618 (segundo período de sesiones)	Volumen I: 1968-1970	Segunda parte, II, A
A/8017 (tercer período de sesiones)	Volumen I: 1968-1970	Segunda parte, III, A
A/8417 (cuarto período de sesiones)	Volumen II: 1971	Primera parte, II, A
A/8717 (quinto período de sesiones)	Volumen III: 1972	Primera parte, II, A
A/9017 (sexto período de sesiones)	Volumen IV: 1973	Primera parte, II, A
A/9617 (séptimo período de sesiones)	Volumen V: 1974	Primera parte, II, A
A/10017 (octavo período de sesiones)	Volumen VI: 1975	Primera parte, II, A
A/31/17 (noveno período de sesiones)	Volumen VII: 1976	Primera parte, II, A
A/32/17 (décimo período de sesiones)	Volumen VIII: 1977	Primera parte, II, A
A/33/17 (11º período de sesiones)	Volumen IX: 1978	Primera parte, II, A
A/34/17 (12º período de sesiones)	Volumen X: 1979	Primera parte, II, A
A/35/17 (13º período de sesiones)	Volumen XI: 1980	Primera parte, II, A
A/36/17 (14º período de sesiones)	Volumen XII: 1981	Primera parte, A
A/37/17 y Corr.1 (15º período de sesiones)	Volumen XIII: 1982	Primera parte, A
A/38/17 (16º período de sesiones)	Volumen XIV: 1983	Primera parte, A
A/39/17 (17º período de sesiones)	Volumen XV: 1984	Primera parte, A
A/40/17 (18º período de sesiones)	Volumen XVI: 1985	Primera part3, A
A/41/17 (19º período de sesiones)	Volumen XVII: 1986	Primera parte, A
A/42/17 (20º período de sesiones)	Volumen XVIII: 1987	Primera parte, A
A/43/17 (21º período de sesiones)	Volumen XIX: 1988	Primera parte, A
A/44/17 (22º período de sesiones)	Volumen XX: 1989	Primera parte, A
A/45/17 (23º período de sesiones)	Volumen XXI: 1990	Primera parte, A
A/46/17 (24º período de sesiones)	Volumen XXII: 1991	Primera parte, A
A/47/17 (25º período de sesiones)	Volumen XXIII: 1992	Primera parte, A
A/48/17 (26º período de sesiones)	Volumen XXIV: 1993	Primera parte, A
A/49/17 (27º período de sesiones)	Volumen XXV: 1994	Primera parte, A
A/50/17 (28º período de sesiones)	Volumen XXVI: 1995	Primera parte, A
A/51/17 (29º período de sesiones)	Volumen XXVII: 1996	Primera parte, A
A/52/17 (30º período de sesiones)	Volumen XXVIII: 1997	Primera parte, A
A/53/17 (31º período de sesiones)	Volumen XXIX: 1998	Primera parte, A
A/54/17 (32º período de sesiones)	Volumen XXX: 1999	Primera parte, A
A/55/17 (33º período de sesiones)	Volumen XXXI: 2000	Primera parte, A
A/56/17 (34º período de sesiones)	Volumen XXXII: 2001	Primera parte, A
A/57/17 (35º período de sesiones)	Volumen XXXIII: 2002	Primera parte, A
A/58/17 (36º período de sesiones)	Volumen XXXIV: 2003	Primera parte, A
A/59/17 (37º período de sesiones)	Volumen XXXV: 2004	Primera parte, A
A/60/17 (38º período de sesiones)	Volumen XXXVI: 2005	Primera parte, A

2. Resoluciones de la Asamblea General

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
2102 (XX)	Volumen I: 1968-1970	Primera parte, II, A
2205 (XXI)	Volumen I: 1968-1970	Primera parte, II, E
2421 (XXIII)	Volumen I: 1968-1970	Segunda parte, I, B, 3
2502 (XXIV)	Volumen I: 1968-1970	Segunda parte, II, B, 3
2635 (XXV)	Volumen II: 1971	Primera parte, I, C
2766 (XXVI)	Volumen III: 1972	Primera parte, I, C
2928 (XXVII)	Volumen IV: 1973	Primera parte, I, C
2929 (XXVII)	Volumen IV: 1973	Primera parte, I, C
3104 (XXVIII)	Volumen V: 1974	Primera parte, I, C
3108 (XXVIII)	Volumen V: 1974	Primera parte, I, C
3316 (XXIX)	Volumen VI: 1975	Primera parte, I, C
3317 (XXIX)	Volumen VI: 1975	Tercera parte, I, B
3494 (XXX)	Volumen VII: 1976	Primera parte, I, C
31/98	Volumen VIII: 1977	Primera parte, I, C
31/99	Volumen VIII: 1977	Primera parte, I, C
31/100	Volumen XIII: 1977	Primera parte, I, C
32/145	Volumen IX: 1978	Primera parte, I, C
32/438	Volumen IX: 1978	Primera parte, I, C
33/92	Volumen X: 1979	Primera parte, I, B
33/93	Volumen X: 1979	Primera parte, I, C
34/143	Volumen XI: 1980	Primera parte, I, C
34/150	Volumen XI: 1980	Tercera parte, III
35/166	Volumen XI: 1980	Tercera parte, III
35/51	Volumen XI: 1980	Primera parte, II, D
35/52	Volumen XI: 1980	Primera parte, II, D
36/32	Volumen XII: 1981	Primera parte, D
36/107	Volumen XII: 1981	Tercera parte, I
36/111	Volumen XII: 1981	Tercera parte, II
37/103	Volumen XIII: 1982	Tercera parte, III
37/106	Volumen XIII: 1982	Primera parte, D
37/107	Volumen XIII: 1982	Primera parte, D
38/128	Volumen XIV: 1983	Tercera parte, III
38/134	Volumen XIV: 1983	Primera parte, D
38/135	Volumen XIV: 1983	Primera parte, D
39/82	Volumen XV: 1984	Primera parte, D
40/71	Volumen XVI: 1985	Primera parte, D
40/72	Volumen XVI: 1985	Primera parte, D
41/77	Volumen XVII: 1986	Primera parte, D
42/152	Volumen XVIII: 1987	Primera parte, D

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
42/153	Volumen XVIII: 1987	Primera parte, E
43/165 y anexo	Volumen XIX: 1988	Primera parte, D
43/166	Volumen XIX: 1988	Primera parte, E
44/33	Volumen XX: 1989	Primera parte, E
45/42	Volumen XXI: 1990	Primera parte, D
46/56	Volumen XXII: 1991	Primera parte, D
47/34	Volumen XXIII: 1992	Primera parte, D
48/32	Volumen XXIV: 1993	Primera parte, D
48/33	Volumen XXIV: 1993	Primera parte, D
48/34	Volumen XXIV: 1993	Primera parte, D
49/54	Volumen XXV: 1994	Primera parte, D
49/55	Volumen XXV: 1994	Primera parte, D
50/47	Volumen XXVI: 1995	Primera parte, D
50/48	Volumen XXVI: 1995	Primera parte, D
51/161	Volumen XXVII: 1996	Primera parte, D
51/162	Volumen XXVII: 1996	Primera parte, D
52/157	Volumen XXVIII: 1997	Primera parte, D
52/158	Volumen XXVIIII: 1997	Primera parte, D
53/103	Volumen XXIX: 1998	Primera parte, D
54/103	Volumen XXX: 1999	Primera parte, D
55/151	Volumen XXXI: 2000	Primera parte, D
56/79	Volumen XXXII: 2001	Primera parte, D
56/80	Volumen XXXII: 2001	Primera parte, D
56/81	Volumen XXXII: 2001	Primera parte, D
57/17	Volumen XXXIII: 2002	Primera parte, D
57/18	Volumen XXXIII: 2002	Primera parte, D
57/19	Volumen XXXIII: 2002	Primera parte, D
57/20	Volumen XXXIII: 2002	Primera parte, D
58/75	Volumen XXXIV: 2003	Primera parte, D
58/76	Volumen XXXIV: 2003	Primera parte, D
59/39	Volumen XXXV: 2004	Primera parte, D
59/40	Volumen XXXV: 2004	Primera parte, D
60/20	Volumen XXXVI: 2005	Primera parte, D
60/21	Volumen XXXVI: 2005	Primera parte, D

3. Informes de la Sexta Comisión

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/5728	Volumen I: 1968-1970	Primera parte, I, A
A/6396	Volumen I: 1968-1970	Primera parte, II, B
A/6594	Volumen I: 1968-1970	Primera parte, II, D
A/7408	Volumen I: 1968-1970	Segunda parte, I, B, 2
A/7747	Volumen I: 1968-1970	Segunda parte, II, B, 2
A/8146	Volumen II: 1971	Primera parte, I, B
A/8506	Volumen III: 1972	Primera parte, I, B
A/8896	Volumen IV: 1973	Primera parte, I, B
A/9408	Volumen V: 1974	Primera parte, I, B
A/9920	Volumen VI: 1975	Primera parte, I, B
A/9711	Volumen VI: 1975	Tercera parte, I, A
A/10420	Volumen VII: 1976	Primera parte, I, B
A/31/390	Volumen VIII: 1977	Primera parte, I, B
A/32/402	Volumen IX: 1978	Primera parte, I, B
A/33/349	Volumen X: 1979	Primera parte, I, B
A/34/780	Volumen XI: 1980	Primera parte, I, B
A/35/627	Volumen XI: 1980	Primera parte, II, C
A/36/669	Volumen XII: 1981	Primera parte, C
A/37/620	Volumen XIII: 1982	Primera parte, C
A/38/667	Volumen XIV: 1983	Primera parte, C
A/39/698	Volumen XV: 1984	Primera parte, C
A/40/935	Volumen XVI: 1985	Primera parte, C
A/41/861	Volumen XVII: 1986	Primera parte, C
A/42/836	Volumen XVIII: 1987	Primera parte, C
A/43/820	Volumen XIX: 1988	Primera parte, C
A/C.6/43/L.2	Volumen XIX: 1988	Tercera parte, II, A
A/43/405 y Add. 1-3	Volumen XIX: 1988	Tercera parte, II, B
A/44/453 y Add.1	Volumen XX: 1989	Primera parte, C
A/44/723	Volumen XX: 1989	Primera parte, D
A/45/736	Volumen XXI: 1990	Primera parte, C
A/46/688	Volumen XXII: 1991	Primera parte, C
A/47/586	Volumen XXIII: 1992	Primera parte, C
A/48/613	Volumen XXIV: 1993	Primera parte, C
A/49/739	Volumen XXV: 1994	Primera parte, C
A/50/640	Volumen XXVI: 1995	Primera parte, C
A/51/628	Volumen XXVII: 1996	Primera parte, C
A/52/649	Volumen XXVIII: 1997	Primera parte, C
A/53/632	Volumen XXIX: 1998	Primera parte, C
A/54/611	Volumen XXX: 1999	Primera parte, C

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/55/608	Volumen XXXI: 2000	Primera parte, C
A/56/588	Volumen XXXII: 2001	Primera parte, C
A/57/562	Volumen XXXIII: 2002	Primera parte, C
A/58/513	Volumen XXXIV: 2003	Primera parte, C
A/59/509	Volumen XXXV: 2004	Primera parte, C
A/60/515	Volumen XXXVI: 2005	Primera parte, C

4. Pasajes de los informes de la Junta de Comercio y Desarrollo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/7214	Volumen I: 1968-970	Segunda parte, I, B, 1
A/7616	Volumen I: 1968-970	Segunda parte, II, B, 1
A/8015/Rev.1	Volumen II: 1971	Primera parte, I, A
TD/B/C.4/86, anexo I	Volumen II: 1971	Segunda parte, IV
A/8415/Rev.1	Volumen III: 1972	Primera parte, I,
A/8715/Rev.1	Volumen IV: 1973	Primera parte, I, A
A/9015/Rev.1	Volumen V: 1974	Primera parte, I, A
A/9615/Rev.1	Volumen VI: 1975	Primera parte, I, A
A/10015/Rev.1	Volumen VII: 1976	Primera parte, I, A
TD/B/617	Volumen VIII: 1977	Primera parte, I, A
TD/B/664	Volumen IX: 1978	Primera parte, I, A
A/33/15/Vol.II	Volumen X: 1979	Primera parte, I, A
A/34/15/Vol.II	Volumen XI: 1980	Primera parte, I, A
A/35/15/Vol.II	Volumen XI: 1980	Primera parte, II, B
A/36/15/Vol.II	Volumen XII: 1981	Primera parte, B
TD/B/930	Volumen XIII: 1982	Primera parte, B
TD/B/973	Volumen XIV: 1983	Primera parte, B
TD/B/1026	Volumen XV: 1984	Primera parte, B
TD/B/1077	Volumen XVI: 1985	Primera parte, B
TD/B/L.810/Add.9	Volumen XVII: 1986	Primera parte, B
A/42/15	Volumen XVIII: 1987	Primera parte, B
TD/B/1193	Volumen XIX: 1988	Primera parte, B
TD/B/1234/Vol.II	Volumen XX: 1989	Primera parte, B
TD/B/1277/Vol.II	Volumen XXI: 1990	Primera parte, B
TD/B/1309/Vol.II	Volumen XXII: 1991	Primera parte, B
TD/B/39(1)/15	Volumen XXIII: 1992	Primera parte, B
TD/B/40(1)/14 (Vol.I)	Volumen XXIV: 1993	Primera parte, B
TD/B/41(1)/14 (Vol.I)	Volumen XXV: 1994	Primera parte, B
TD/B/42(1)/19 (Vol.I)	Volumen XXVI: 1995	Primera parte, B
TD/B/43/12 (Vol.I)	Volumen XXVII: 1996	Primera parte, B
TD/B/44/19 (Vol.I)	Volumen XXVIII: 1997	Primera parte, B
TD/B/45/13 (Vol.I)	Volumen XXIX: 1998	Primera parte, B
TD/B/46/15 (Vol.I)	Volumen XXX: 1999	Primera parte, B
TD/B/47/11 (Vol.I)	Volumen XXXI: 2000	Primera parte, B
TD/B/48/18 (Vol.I)	Volumen XXXII: 2001	Primera parte, B
TD/B/49/15 (Vol.I)	Volumen XXXI: 2002	Primera parte, B
TD/B/50/14 (Vol.I)	Volumen XXXIV: 2003	Primera parte, B
TD/B/51/8 (Vol.I)	Volumen XXXV: 2004	Primera parte, B
TD/B/52/10 (Vol.I)	Volumen XXXVI: 2005	Primera parte, B

5. Documentos presentados a la Comisión (incluidos los informes de las reuniones de los grupos de trabajo)

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/C.6/L.571	Volumen I: 1968-1970	Primera parte, I, B
A/C.6/L.572	Volumen I: 1968-1970	Primera parte, I, C
A/CN.9/15 y Add.1	Volumen I: 1968-1970	Tercera parte, III, B
A/CN.9/18	Volumen I: 1968-1970	Tercera parte, I, C, 1
A/CN.9/19	Volumen I: 1968-1970	Tercera parte, III, A, 1
A/CN.9/21 y Corr.1	Volumen I: 1968-1970	Tercera parte, IV, A
A/CN.9/30	Volumen I: 1968-1970	Tercera parte, I, D
A/CN.9/31	Volumen I: 1968-1970	Tercera parte, I, A, 1
A/CN.9/33	Volumen I: 1968-1970	Tercera parte, I, B
A/CN.9/34	Volumen I: 1968-1970	Tercera parte, I, C, 2
A/CN.9/35	Volumen I: 1968-1970	Tercera parte, II, A, 2
A/CN.9/38	Volumen I: 1968-1970	Tercera parte
A/CN.9/L.19	Volumen I: 1968-1970	Tercera parte, V, A
A/CN.9/38/Add.1	Volumen II: 1971	Segunda parte, II, 1
A/CN.9/41	Volumen I: 1968-1970	Tercera parte, II, A
A/CN.9/48	Volumen II: 1971	Segunda parte, II, 2
A/CN.9/50 y anexos I a IV	Volumen II: 1971	Segunda parte, I, C, 2
A/CN.9/52	Volumen II: 1971	Segunda parte, I, A, 2
A/CN.9/54	Volumen II: 1971	Segunda parte, I, B, 1
A/CN.9/55	Volumen II: 1971	Segunda parte, III
A/CN.9/60	Volumen II: 1971	Segunda parte, IV
A/CN.9/62 y Add.1 y 2	Volumen III: 1972	Segunda parte, I, A,5
A/CN.9/63 y Add.1	Volumen III: 1972	Segunda parte, IV
A/CN.9/64	Volumen III: 1972	Segunda parte, III
A/CN.9/67	Volumen III: 1972	Segunda parte, II, 1
A/CN.9/70 y Add.2	Volumen III: 1972	Segunda parte, I, B, 1
A/CN.9/73	Volumen III: 1972	Segunda parte, I, B, 3
A/CN.9/74 y anexo I	Volumen IV: 1973	Segunda parte, IV, 1
A/CN.9/75	Volumen IV: 1973	Segunda parte, I, A, 3
A/CN.9/76 y Add.1	Volumen IV: 1973	Segunda parte, IV, 5 y 4
A/CN.9/77	Volumen IV: 1973	Segunda parte, II, 1
A/CN.9/78	Volumen IV: 1973	Segunda parte, I, B
A/CN.9/79	Volumen IV: 1973	Segunda parte, III, 1
A/CN.9/82	Volumen IV: 1973	Segunda parte, V
A/CN.9/86	Volumen V: 1974	Segunda parte, II, 1
A/CN.9/87	Volumen V: 1974	Segunda parte, I, 1
A/CN.9/87 y anexos I a IV	Volumen V: 1974	Segunda parte, I, 2-5
A/CN.9/88 y Add.1	Volumen V: 1974	Segunda parte, III, 1 y 2
A/CN.9/91	Volumen V: 1974	Segunda parte, IV

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/94 y Add. 1 y 2	Volumen V: 1974	Segunda parte, V
A/CN.9/96 y Add.1	Volumen VI: 1975	Segunda parte, IV, 1 y 2
A/CN.9/97 y Add.1 a 4	Volumen VI: 1975	Segunda parte, III
A/CN.9/98	Volumen VI: 1975	Segunda parte, I, 6
A/CN.9/99	Volumen VI: 1975	Segunda parte, II, 1
A/CN.9/100 y anexos I a IV	Volumen VI: 1975	Segunda parte, I, 1-5
A/CN.9/101 y Add.1	Volumen VI: 1975	Segunda parte, II, 3 y 4
A/CN.9/102	Volumen VI: 1975	Segunda parte, II, 5
A/CN.9/103	Volumen VI: 1975	Segunda parte, V
A/CN.9/104	Volumen VI: 1975	Segunda parte, VI
A/CN.9/105	Volumen VI: 1975	Segunda parte, IV, 3
A/CN.9/105 y anexo	Volumen VI: 1975	Segunda parte, IV, 4
A/CN.9/106	Volumen VI: 1975	Segunda parte, VIII
A/CN.9/107	Volumen VI: 1975	Segunda parte, VII
A/CN.9/109 y Add.1 y 2	Volumen VII: 1976	Segunda parte, IV, 1-3
A/CN.9/110	Volumen VII: 1976	Segunda parte, IV, 4
A/CN.9/112 y Add.1	Volumen VII: 1976	Segunda parte, III, 1-2
A/CN.9/113	Volumen VII: 1976	Segunda parte, III, 3
A/CN.9/114	Volumen VII: 1976	Segunda parte, III, 4
A/CN.9/115	Volumen VII: 1976	Segunda parte, IV, 5
A/CN.9/116 y anexos I y II	Volumen VII: 1976	Segunda parte, I, 1-3
A/CN.9/117	Volumen VII: 1976	Segunda parte, II, 1
A/CN.9/119	Volumen VII: 1976	Segunda parte, VI
A/CN.9/121	Volumen VII: 1976	Segunda parte, V
A/CN.9/125 y Add.1 a 3	Volumen VIII: 1977	Segunda parte, I, D
A/CN.9/126	Volumen VIII: 1977	Segunda parte, I, E
A/CN.9/127	Volumen VIII: 1977	Segunda parte, III
A/CN.9/128 y anexos I y II	Volumen VIII: 1977	Segunda parte, I, A-C
A/CN.9/129 y Add.1	Volumen VIII: 1977	Segunda parte, VI, A y B
A/CN.9/131	Volumen VIII: 1977	Segunda parte, II, A
A/CN.9/132	Volumen VIII: 1977	Segunda parte, II, B
A/CN.9/133	Volumen VIII: 1977	Segunda parte, IV, A
A/CN.9/135	Volumen VIII: 1977	Segunda parte, I, F
A/CN.9/137	Volumen VIII: 1977	Segunda parte, V
A/CN.9/139	Volumen VIII: 1977	Segunda parte, IV, B
A/CN.9/141	Volumen IX: 1978	Segunda parte, II, A
A/CN.9/142	Volumen IX: 1978	Segunda parte, I, A
A/CN.9/143	Volumen IX: 1978	Segunda parte, I, C
A/CN.9/144	Volumen IX: 1978	Segunda parte, I, D
A/CN.9/145	Volumen IX: 1978	Segunda parte, I, E
A/CN.9/146 y Add.1 a 4	Volumen IX: 1978	Segunda parte, I, F

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/147	Volumen IX: 1978	Segunda parte, II, B
A/CN.9/148	Volumen IX: 1978	Segunda parte, III
A/CN.9/149 y Corr.1 y 2	Volumen IX: 1978	Segunda parte, IV, A
A/CN.9/151	Volumen IX: 1978	Segunda parte, V
A/CN.9/155	Volumen IX: 1978	Segunda parte, IV, B
A/CN.9/156	Volumen IX: 1978	Segunda parte, IV, C
A/CN.9/157	Volumen X: 1979	Segunda parte, II, A
A/CN.9/159	Volumen X: 1979	Segunda parte, I, A
A/CN.9/160	Volumen X: 1979	Segunda parte, I, B
A/CN.9/161	Volumen X: 1979	Segunda parte, I, C
A/CN.9/163	Volumen X: 1979	Segunda parte, II, B
A/CN.9/164	Volumen X: 1979	Segunda parte, I, D
A/CN.9/165	Volumen X: 1979	Segunda parte, II, C
A/CN.9/166	Volumen X: 1979	Segunda parte, III, A
A/CN.9/167	Volumen X: 1979	Segunda parte, III, B
A/CN.9/168	Volumen X: 1979	Segunda parte, III, C
A/CN.9/169	Volumen X: 1979	Segunda parte, III, D
A/CN.9/170	Volumen X: 1979	Segunda parte, III, E
A/CN.9/171	Volumen X: 1979	Segunda parte, IV
A/CN.9/172	Volumen X: 1979	Segunda parte, V
A/CN.9/175	Volumen X: 1979	Segunda parte, VI
A/CN.9/176	Volumen XI: 1980	Segunda parte, V, A
A/CN.9/177	Volumen XI: 1980	Segunda parte, II
A/CN.9/178	Volumen XI: 1980	Segunda parte, III, A
A/CN.9/179	Volumen XI: 1980	Segunda parte, IV, A
A/CN.9/180	Volumen XI: 1980	Segunda parte, IV, B
A/CN.9/181 y anexo	Volumen XI: 1980	Segunda parte, III, B, C
A/CN.9/183	Volumen XI: 1980	Segunda parte, I
A/CN.9/186	Volumen XI: 1980	Segunda parte, III, D
A/CN.9/187 y Add.1 a 3	Volumen XI: 1980	Segunda parte, IV, C
A/CN.9/189	Volumen XI: 1980	Segunda parte, IV, D
A/CN.9/191	Volumen XI: 1980	Segunda parte, V, B
A/CN.9/192 y Add.1 y 2	Volumen XI: 1980	Segunda parte, VI
A/CN.9/193	Volumen XI: 1980	Segunda parte, V, C
A/CN.9/194	Volumen XI: 1980	Segunda parte, V, D
A/CN.9/196	Volumen XII: 1981	Segunda parte, II, A
A/CN.9/197	Volumen XII: 1981	Segunda parte, I, A
A/CN.9/198	Volumen XII: 1981	Segunda parte, IV, A
A/CN.9/199	Volumen XII: 1981	Segunda parte, II, B
A/CN.9/200	Volumen XII: 1981	Segunda parte, II, C
A/CN.9/201	Volumen XII: 1981	Segunda parte, I, C

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/202 y Add.1 a 4	Volumen XII: 1981	Segunda parte, V, A
A/CN.9/203	Volumen XII: 1981	Segunda parte, V, B
A/CN.9/204	Volumen XII: 1981	Segunda parte, VIII
A/CN.9/205/Rev.1	Volumen XII: 1981	Segunda parte, VI
A/CN.9/206	Volumen XII: 1981	Segunda parte, VII
A/CN.9/207	Volumen XII: 1981	Segunda parte, III
A/CN.9/208	Volumen XII: 1981	Segunda parte, V, C
A/CN.9/210	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, II, A, 1
A/CN.9/211	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, II, A, 3
A/CN.9/212	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, II, A, 5
A/CN.9/213	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, II, A, 4
A/CN.9/214	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, II, A, 6
A/CN.9/215	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, II, B, 1
A/CN.9/216	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, III, A
A/CN.9/217	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, IV, A
A/CN.9/218	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, I, A
A/CN.9/219 y Add.1 (F-Corr.1)	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, I, B
A/CN.9/220	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, II, B, 3
A/CN.9/221	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, II, C
A/CN.9/222	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, III, C
A/CN.9/223	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, II, A, 7
A/CN.9/224	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, V
A/CN.9/225	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, VI, B
A/CN.9/226	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, VI, A
A/CN.9/227	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, VII
A/CN.9/228	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, VIII
A/CN.9/229	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, VI, C
A/CN.9/232	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, III, A
A/CN.9/233	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, III, C
A/CN.9/234	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, IV, A
A/CN.9/235	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, I
A/CN.9/236	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, V, C
A/CN.9/237 y Add.1 a 3	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, V, B
A/CN.9/238	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, V, D
A/CN.9/239	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, V, A
A/CN.9/240	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, VII
A/CN.9/241	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, VI
A/CN.9/242	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, II
A/CN.9/245	Volumen XV: 1984	Segunda parte, II, A, 1
A/CN.9/246 y anexo	Volumen XV: 1984	Segunda parte, II, B, 1 y 2
A/CN.9/247	Volumen XV: 1984	Segunda parte, III, A

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/248	Volumen XV: 1984	Segunda parte, I, A, 1
A/CN.9/249 y Add.1	Volumen XV: 1984	Segunda parte, I, A, 2
A/CN.9/250 y Add.1 a 4	Volumen XV: 1984	Segunda parte, I, B
A/CN.9/251	Volumen XV: 1984	Segunda parte, V, B
A/CN.9/252 y anexos I y II	Volumen XV: 1984	Segunda parte, IV, A y B
A/CN.9/253	Volumen XV: 1984	Segunda parte, V, C
A/CN.9/254	Volumen XV: 1984	Segunda parte, V, D
A/CN.9/255	Volumen XV: 1984	Segunda parte, V, A
A/CN.9/256	Volumen XV: 1984	Segunda parte, VII
A/CN.9/257	Volumen XV: 1984	Segunda parte, VI
A/CN.9/259	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, III, A, 1
A/CN.9/260	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, IV, A
A/CN.9/261	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, II, A
A/CN.9/262	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, III, B, 1
A/CN.9/263 y Add.1 a 3	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, I, A
A/CN.9/264	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, I, B
A/CN.9/265	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, V
A/CN.9/266 y Add.1 y 2	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, II, B
A/CN.9/267	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, IX
A/CN.9/268	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, III, C
A/CN.9/269	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, VI
A/CN.9/270	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, VIII
A/CN.9/271	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, VII
A/CN.9/273	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, I, A, 1
A/CN.9/274	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, I, A, 2
A/CN.9/275	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, III, A
A/CN.9/276	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, II, A
A/CN.9/277	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, II, C
A/CN.9/278	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, I, B
A/CN.9/279	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, V
A/CN.9/280	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, IV
A/CN.9/281	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, VI
A/CN.9/282	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, VIII
A/CN.9/283	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, VII
A/CN.9/285	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, I, A, 4
A/CN.9/287	Volumen XVIII: 1987	Segunda parte, III, A
A/CN.9/288	Volumen XVIII: 1987	Segunda parte, I, 1
A/CN.9/289	Volumen XVIII: 1987	Segunda parte, II, A, 1
A/CN.9/290	Volumen XVIII: 1987	Segunda parte, II, A, 4
A/CN.9/291	Volumen XVIII: 1987	Segunda parte, II, B
A/CN.9/292	Volumen XVIII: 1987	Segunda parte, IV

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/293	Volumen XVIII: 1987	Segunda parte, VI
A/CN.9/294	Volumen XVIII: 1987	Segunda parte, V
A/CN.9/297	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, I, A, 1
A/CN.9/298	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, II, A
A/CN.9/299	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, X, B
A/CN.9/300	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, X, A
A/CN.9/301	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, I, B
A/CN.9/302	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, III
A/CN.9/303	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, IX
A/CN.9/304	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, VII, A
A/CN.9/305	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, VII, B
A/CN.9/306	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, IV
A/CN.9/307	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, V, A
A/CN.9/308	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, V, B
A/CN.9/309	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, VI
A/CN.9/310	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, VII, D
A/CN.9/311	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, VIII
A/CN.9/312	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, VII, C
A/CN.9/315	Volumen XX: 1989	Segunda parte, II, A
A/CN.9/316	Volumen XX: 1989	Segunda parte, IV, A
A/CN.9/317	Volumen XX: 1989	Segunda parte, I, A
A/CN.9/318	Volumen XX: 1989	Segunda parte, I, C
A/CN.9/319 y Add.1 a 5	Volumen XX: 1989	Segunda parte, III, A
A/CN.9/320	Volumen XX: 1989	Segunda parte, III, B
A/CN.9/321	Volumen XX: 1989	Segunda parte, III, C
A/CN.9/322	Volumen XX: 1989	Segunda parte, V
A/CN.9/323	Volumen XX: 1989	Segunda parte, VIII
A/CN.9/324	Volumen XX: 1989	Segunda parte, VI
A/CN.9/325	Volumen XX: 1989	Segunda parte, VII
A/CN.9/328	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, I, A
A/CN.9/329	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, I, D
A/CN.9/330	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, IV, A
A/CN.9/331	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, II
A/CN.9/332 y Add.1 a 7	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, III
A/CN.9/333	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, V
A/CN.9/334	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, VI
A/CN.9/335	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, IX
A/CN.9/336	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, VII
A/CN.9/337	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, VIII
A/CN.9/338	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, X
A/CN.9/341	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, I, C

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/342	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, III, A
A/CN.9/343	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, II, A
A/CN.9/344	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, I, E
A/CN.9/345	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, III, C
A/CN.9/346	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, I, A
A/CN.9/347 y Add.1	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, I, B
A/CN.9/348	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, V, B
A/CN.9/349	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, VIII
A/CN.9/350	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, IV
A/CN.9/351	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, VII
A/CN.9/352	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, V, A
A/CN.9/353	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, VI
A/CN.9/356	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, III, A
A/CN.9/357	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, II, A
A/CN.9/358	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, IV, A
A/CN.9/359	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, III, C
A/CN.9/360	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, V, A
A/CN.9/361	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, IV, C
A/CN.9/362 y Add.1 a 17	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, II, C
A/CN.9/363	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, VIII
A/CN.9/364	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, VI, A
A/CN.9/367	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, I, A
A/CN.9/368	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, VII
A/CN.9/371	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, I, A
A/CN.9/372	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, II, A
A/CN.9/373	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, III, A
A/CN.9/374 y Corr.1	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, II, C
A/CN.9/375	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, I, C
A/CN.9/376 y Add.1 y 2	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, I, D
A/CN.9/377	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, I, E
A/CN.9/378 y Add.1 a 5	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, IV, A a F
A/CN.9/379	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, VII
A/CN.9/380	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, V
A/CN.9/381	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, VI
A/CN.9/384	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, VI, A
A/CN.9/385	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, VII
A/CN.9/386	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, VI, B
A/CN.9/387	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, III, A
A/CN.9/388	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, II, A
A/CN.9/389	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, I, A
A/CN.9/390	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, III, C

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/391	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, II, C
A/CN.9/392	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, I, C
A/CN.9/393	Volumen XXIV: 1993	Tercera parte, II
A/CN.9/394	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, I, E
A/CN.9/395	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, VIII
A/CN.9/396 y Add.1	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, IV
A/CN.9/397	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, V, A
A/CN.9/398	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, V, B
A/CN.9/399	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, V, C
A/CN.9/400	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, X
A/CN.9/401	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, IX, A
A/CN.9/401/Add.1	Volumen XXV: 1994	Segunda parte IX, B
A/CN.9/403	Volumen XXV: 1994	Tercera parte, II
A/CN.9/405	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, I, A
A/CN.9/406	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, II, A
A/CN.9/407	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, II, C
A/CN.9/408	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, I, C
A/CN.9/409 y Add.1 a 4	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, II, E
A/CN.9/410	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, III
A/CN.9/411	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, I, D
A/CN.9/412	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, IV, C
A/CN.9/413	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, IV, A
A/CN.9/414	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, IV, B
A/CN.9/415	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, VI
A/CN.9/416	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, V
A/CN.9/419 y Corr.1 (solo en inglés)	Volumen XXVII: 1996	Segunda parte, III, A
A/CN.9/420	Volumen XXVII: 1996	Segunda parte, IV
A/CN.9/421	Volumen XXVII: 1996	Segunda parte, II, A
A/CN.9/422	Volumen XXVII: 1996	Segunda parte, III, C
A/CN.9/423	Volumen XXVII: 1996	Segunda parte, I, A
A/CN.9/424	Volumen XXVII: 1996	Segunda parte, V
A/CN.9/425	Volumen XXVII: 1996	Segunda parte, I, B
A/CN.9/426	Volumen XXVII: 1996	Segunda parte, II, C
A/CN.9/427	Volumen XXVII: 1996	Segunda parte, VII
A/CN.9/428	Volumen XXVII: 1996	Segunda parte, VI
A/CN.9/431	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, V
A/CN.9/432	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, II, A
A/CN.9/433	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, I, A
A/CN.9/434	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, II, C
A/CN.9/435	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, I, C
A/CN.9/436	Volumen XXVIII 1997	Segunda parte, I, E

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/437	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, III, A
A/CN.9/438 y Add.1 a 3	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, IV
A/CN.9/439	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, VIII
A/CN.9/440	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, VII
A/CN.9/444 y Add.1 a 5	Volumen XXIX: 1998	Segunda parte, III
A/CN.9/445	Volumen XXIX: 1998	Segunda parte, I, A
A/CN.9/446	Volumen XXIX: 1998	Segunda parte, II, A
A/CN.9/447	Volumen XXIX: 1998	Segunda parte, I, C
A/CN.9/448	Volumen XXIX: 1998	Segunda parte, VI
A/CN.9/449	Volumen XXIX: 1998	Segunda parte, V
A/CN.9/450	Volumen XXIX: 1998	Segunda parte, II, D
A/CN.9/454	Volumen XXX: 1999	Segunda parte, II, A
A/CN.9/455	Volumen XXX: 1999	Segunda parte, I, A
A/CN.9/456	Volumen XXX: 1999	Segunda parte, I, E
A/CN.9/457	Volumen XXX: 1999	Segunda parte, II, D
A/CN.9/458 y Add.1 a 9	Volumen XXX: 1999	Segunda parte, III
A/CN.9/459 y Add.1	Volumen XXX: 1999	Segunda parte, IV
A/CN.9/460	Volumen XXX: 1999	Segunda parte, V
A/CN.9/461	Volumen XXX: 1999	Segunda parte, IX
A/CN.9/462	Volumen XXX: 1999	Segunda parte, VIII
A/CN.9/462/Add.1	Volumen XXX: 1999	Segunda parte, VI
A/CN.9/465	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, III, A
A/CN.9/466	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, II, A
A/CN.9/467	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, III, C
A/CN.9/468	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, IV, A
A/CN.9/469	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, V, A
A/CN.9/470	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, II, E
A/CN.9/471 y Add.1 a 9	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, I
A/CN.9/472 y Add.1 a 4	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, II, F
A/CN.9/473	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, IX
A/CN.9/474	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, VIII
A/CN.9/475	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, V, C
A/CN.9/476	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, V, D
A/CN.9/477	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, VI, A
A/CN.9/478	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, VI, B
A/CN.9/479	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, VI, C
A/CN.9/483	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, II, A
A/CN.9/484	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, II, C
A/CN.9/485 y Corr.1	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, III, A
A/CN.9/486	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, I, A
A/CN.9/487	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, III, D

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/488	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, V, A
A/CN.9/489 y Add.1	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, I, B
A/CN.9/490 y Add.1 a 5	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, I, C
A/CN.9/491 y Add.1	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, I, D
A/CN.9/492 y Add. 1 a 3	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, II, I
A/CN.9/493	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, II, J
A/CN.9/494	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, VIII
A/CN.9/495	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, IV
A/CN.9/496	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, V, B
A/CN.9/497	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, V, C
A/CN.9/498	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, VI
A/CN.9/499	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, IX, B
A/CN.9/500	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, IX, A
A/CN.9/501	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, VII
A/CN.9/504	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, III, A
A/CN.9/505	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, II
A/CN.9/506	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, I, A
A/CN.9/507	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, III, D
A/CN.9/508	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, I, D
A/CN.9/509	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, IV, A
A/CN.9/510	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, VI A
A/CN.9/511	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, III, H
A/CN.9/512	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, V, A
A/CN.9/513 y Add.1 a 2	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, I, G
A/CN.9/514	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, I, H
A/CN.9/515	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, IX
A/CN.9/516	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, VIII
A/CN.9/518	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, III, J
A/CN.9/521	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, I, A
A/CN.9/522 y Add.1 y 2	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, I, C
A/CN.9/523	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, III, A
A/CN.9/524	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, III, C
A/CN.9/525	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, IV, A
A/CN.9/526	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, IV, C
A/CN.9/527	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, V, A
A/CN.9/528	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, V, C
A/CN.9/529	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, II, A
A/CN.9/531	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, VI, A
A/CN.9/532	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, VI, C
A/CN.9/533 y Add.1 a 7	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, I, D
A/CN.9/534	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, II, G

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/535	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, II, F
A/CN.9/536	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, IX
A/CN.9/537	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, X
A/CN.9/539 y Add.1	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, I, A
A/CN.9/540	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, VII, B
A/CN.9/542	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, I, A
A/CN.9/543	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, V, A
A/CN.9/544	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, III, A
A/CN.9/545	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, II, A
A/CN.9/546	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, IV, A
A/CN.9/547	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, II, C
A/CN.9/548	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, IV, F
A/CN.9/549	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, V, D
A/CN.9/550	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, I, H
A/CN.9/551	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, I, D
A/CN.9/552	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, III, F
A/CN.9/553	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, VI
A/CN.9/554	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, I, I
A/CN.9/555	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, X, B
A/CN.9/557	Volumen XXXV: 2004	Tercera parte, I
A/CN.9/558 y Add.1	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, I, J
A/CN.9/559 y Add.1 a 3	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, I, K
A/CN.9/560	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, VIII
A/CN.9/561	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, IX
A/CN.9/564	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, XI
A/CN.9/565	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, X, A
A/CN.9/566	Volumen XXXV: 2004	Tercera parte, II
A/CN.9/568	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, II, A
A/CN.9/569	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, III, A
A/CN.9/570	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, V, A
A/CN.9/571	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, I, A
A/CN.9/572	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, IV, A
A/CN.9/573	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, III, D
A/CN.9/574	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, V, D
A/CN.9/575	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, II, D
A/CN.9/576	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, IV, F
A/CN.9/578 y Add. 1 a Add.7	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, I, G
A/CN.9/579	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, X, C
A/CN.9/580 y Add. 1 y Add.2	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, IX, B
A/CN.9/581	Volumen XXXVI: 2005	Tercera parte, IV
A/CN.9/582 y Add.1 a Add.7	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, X, B

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/583	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, IX, A
A/CN.9/584	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, X A
A/CN.9/585	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, VI
A/CN.9/586	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, VIII

6. Documentos presentados a los Grupos de Trabajo

a) Grupo de Trabajo I

i) Los plazos y la prescripción

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/WG.1/WP.9	Volumen II: 1971	Segunda parte, I, C, 1

ii) Proyectos de infraestructura con financiación privada

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/WG.1/WP.29 y Add.1 y 2	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, I, B

b) Grupo de Trabajo II

i) Compraventa internacional de mercaderías

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/WG.2/WP.1	Volumen I: 1968-1979	Tercera parte, I, A, 2
A/CN.9/WG.2/WP.6	Volumen II: 1971	Segunda parte, I, A, 1
A/CN.9/WG.2/WP.8	Volumen III: 1972	Segunda parte, I, A, 1
A/CN.9/WG.2/WP.9	Volumen III: 1972	Segunda parte, I, A, 2
A/CN.9/WG.2/WP.10	Volumen III: 1972	Segunda parte, I, A, 3
A/CN.9/WG.2/WP.11	Volumen III: 1972	Segunda parte, I, A, 4
A/CN.9/WG.2/WP.15	Volumen IV: 1973	Segunda parte, I, A, 1
A/CN.9/WG.2/WP.16	Volumen IV: 1973	Segunda parte, I, A, 2
A/CN.9/WG.2/WP.15/Add.1	Volumen V: 1974	Segunda parte, I, 3
A/CN.9/WG.2/WP.17/Add.1	Volumen V: 1974	Segunda parte, I, 4
A/CN.9/WG.2/WP.17/Add.2	Volumen V: 1974	Segunda parte, I, 4
A/CN.9/WG.2/WP.20	Volumen VI: 1975	Segunda parte, I, 4
A/CN.9/WG.2/WP.21 y Add.1 y 2	Volumen VI: 1975	Segunda parte, I, 3
A/CN.9/WG.2/WP.26 y Add.1 y apéndice I	Volumen VIII: 1977	Segunda parte, I, C
A/CN.9/WG.2/WP.27	Volumen IX: 1978	Segunda parte, I, B
A/CN.9/WG.2/WP.28	Volumen IX: 1978	Segunda parte, I, B

ii) Prácticas contractuales internacionales

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/WG.II/WP.33 y Add.1	Volumen XII: 1981	Segunda parte, I, B, 1 y 2
A/CN.9/WG.II/WP.35	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, III, B
A/CN.9/WG.II/WP.37	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, III, B, 1
A/CN.9/WG.II/WP.38	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, III, B, 2
A/CN.9/WG.II/WP.40	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, III, D, 1
A/CN.9/WG.II/WP.41	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, III, D, 2
A/CN.9/WG.II/WP.42	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, III, D, 3
A/CN.9/WG.II/WP.44	Volumen XV: 1984	Segunda parte, II, A, 2, a
A/CN.9/WG.II/WP.45	Volumen XV: 1984	Segunda parte, II, A, 2, b
A/CN.9/WG.II/WP.46	Volumen XV: 1984	Segunda parte, II, A, 2, c
A/CN.9/WG.II/WP.48	Volumen XV: 1984	Segunda parte, II, B, 3, a
A/CN.9/WG.II/WP.49	Volumen XV: 1984	Segunda parte, II, B, 3, b
A/CN.9/WG.II/WP.50	Volumen XV: 1984	Segunda parte, II, B, 3, c
A/CN.9/WG.II/WP.52 y Add.1	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, IV, B, 1
A/CN.9/WG.II/WP.53	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, IV, B, 3
A/CN.9/WG.II/WP.55	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, III, B, 1
A/CN.9/WG.II/WP.56	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, III, B, 2
A/CN.9/WG.II/WP.58	Volumen XVIII: 1987	Segunda parte, III, B
A/CN.9/WG.II/WP.60	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, II, B
A/CN.9/WG.II/WP.62	Volumen XX: 1989	Segunda parte, IV, B, 1
A/CN.9/WG.II/WP.63	Volumen XX: 1989	Segunda parte, IV, B, 2
A/CN.9/WG.II/WP.65	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, IV, B
A/CN.9/WG.II/WP.67	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, III, B, 1
A/CN.9/WG.II/WP.68	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, III, B, 2
A/CN.9/WG.II/WP.70	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, III, D, 1
A/CN.9/WG.II/WP.71	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, III, D, 2
A/CN.9/WG.II/WP.73 y Add.1	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, IV, B
A/CN.9/WG.II/WP.76 y Add.1	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, II, B, 1
A/CN.9/WG.II/WP.77	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, II, B, 2
A/CN.9/WG.II/WP.80	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, II, B
A/CN.9/WG.II/WP.83	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, I, B
A/CN.9/WG.II/WP.87	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, II, B
A/CN.9/WG.II/WP.89	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, II, D, 1
A/CN.9/WG.II/WP.90	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, II, D, 2
A/CN.9/WG.II/WP.91	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, II, D, 3
A/CN.9/WG.II/WP.93	Volumen XXIX: 1998	Segunda parte, I, B
A/CN.9/WG.II/WP.96	Volumen XXIX: 1998	Segunda parte, I, D
A/CN.9/WG.II/WP.98	Volumen XXX: 1999	Segunda parte, I, B
A/CN.9/WG.II/WP.99	Volumen XXX: 1999	Segunda parte, I, C
A/CN.9/WG.II/WP.100	Volumen XXX: 1999	Segunda parte, I, D

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/WG.II/WP. 102	Volumen XXX: 1999	Segunda parte, I, F
A/CN.9/WG.II/WP. 104	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, I, B
A/CN.9/WG.II/WP. 105	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, I, C
A/CN.9/WG.II/WP. 106	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, I, D

iii) Arbitraje comercial internacional

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/WG.II/WP.108 y Add.1	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, IV, B
A/CN.9/WG.II/WP.110	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, III, B
A/CN.9/WG.II/WP.111	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, III, C
A/CN.9/WG.II/WP.113 y Add.1	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, III, E
A/CN.9/WG.II/WP.115	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, I, B
A/CN.9/WG.II/WP.116	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, I, C
A/CN.9/WG.II/WP.118	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, I, E
A/CN.9/WG.II/WP.119	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, I, F
A/CN.9/WG.II/WP.121	Volumen XXXIV 2003	Segunda parte, III, B
A/CN.9/WG.II/WP.123	Volumen XXXIV 2003	Segunda parte, III, D
A/CN.9/WG.II/WP.125	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, II, B
A/CN.9/WG.II/WP.127	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, II, D
A/CN.9/WG.II/WP.128	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, II, E
A/CN.9/WG.II/WP.129	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, II, F
A/CN.9/WG.II/WP.131	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, III, B
A/CN.9/WG.II/WP.132	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, III, C
A/CN.9/WG.II/WP.134	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, III, E

c) Grupo de Trabajo III

i) Reglamentación internacional del transporte marítimo

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/WG.III/WP.6	Volumen IV: 1973	Segunda parte, IV, 2
A/CN.9/WG.III/WP.7	Volumen IV: 1973	Segunda parte, IV, 3
A/CN.9/WG.III/WP.11	Volumen V: 1974	Segunda parte, III, 3

ii) Derecho del transporte

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/WG.III/WP.21 y Add.1	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, VI, B
A/CN.9/WG.III/WP.23	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, IV, B
A/CN.9/WG.III/WP.25	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, IV, D
A/CN.9/WG.III/WP.26	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, IV, E
A/CN.9/WG.III/WP.27	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, IV, F
A/CN.9/WG.III/WP.28	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, IV, G
A/CN.9/WG.III/WP.29	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, IV, H
A/CN.9/WG.III/WP.30	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, IV, I
A/CN.9/WG.III/WP.28/Add.1	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, III, B
A/CN.9/WG.III/WP.32	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, III, C

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/WG.III/WP.33	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, III, D
A/CN.9/WG.III/WP.34	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, III, E
A/CN.9/WG.III/WP.36	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, III, G
A/CN.9/WG.III/WP.37	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, III, H
A/CN.9/WG.III/WP.39	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, IV, B
A/CN.9/WG.III/WP.40	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, IV, C
A/CN.9/WG.III/WP.41	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, IV, D
A/CN.9/WG.III/WP.42	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, IV, E
A/CN.9/WG.III/WP.44	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, IV, G
A/CN.9/WG.III/WP.45	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, IV, H
A/CN.9/WG.III/WP.46	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, IV, I
A/CN.9/WG.III/WP.47	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, IV, J

d) Grupo de Trabajo IV

i) Títulos negociables internacionales

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/WG.IV/WP.2	Volumen IV: 1973	Segunda parte, II, 2
A/CN.9/WG.IV/CRP.5	Volumen VI: 1975	Segunda parte, II, 2
A/CN.9/WG.IV/WP.21	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, II, A, 2 a)
A/CN.9/WG.IV/WP.22	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, II, A, 2 b)
A/CN.9/WG.IV/WP.23	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, II, A, 2 c)
A/CN.9/WG.IV/WP.24 y Add.1 y 2	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, II, A, 2 d)-f)
A/CN.9/WG.IV/WP.25 y Add.1	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, II, A, 2 g), h)
A/CN.9/WG.IV/WP.27	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, II, B, 2
A/CN.9/WG.IV/WP.30	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, I, A, 3
A/CN.9/WG.IV/WP.32 y Add. 1 a 10	Volumen XVIII: 1987	Segunda parte, I, 2
A/CN.9/WG.IV/WP.33	Volumen XVIII: 1987	Segunda parte, I, 3

ii) Pagos internacionales

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/WG.IV/WP.35	Volumen XIX: 1988	Segunda parte, I, A, 2
A/CN.9/WG.IV/WP.37	Volumen XX: 1989	Segunda parte, I, B
A/CN.9/WG.IV/WP.39	Volumen XX: 1989	Segunda parte, I, D
A/CN.9/WG.IV/WP.41	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, I, B
A/CN.9/WG.IV/WP.42	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, I, C
A/CN.9/WG.IV/WP.44	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, I, E
A/CN.9/WG.IV/WP.46 y Corr.1	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, I, D, 1
A/CN.9/WG.IV/WP.47	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, I, D, 2
A/CN.9/WG.IV/WP.49	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, I, F
A/CN.9/WG.IV/WP.51	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, II, B

iii Comercio electrónico

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/WG.IV/WP.53	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, V, B
A/CN.9/WG.IV/WP.55	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, III, B
A/CN.9/WG.IV/WP.57	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, III, B, 1
A/CN.9/WG.IV/WP.58	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, III, B, 2
A/CN.9/WG.IV/WP.60	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, III, D
A/CN.9/WG.IV/WP.62	Volumen XXV: 1995	Segunda parte, II, B
A/CN.9/WG.IV/WP.64	Volumen XXV: 1995	Segunda parte, II, D, 1
A/CN.9/WG.IV/WP.65	Volumen XXV: 1995	Segunda parte, II, D, 2
A/CN.9/WG.IV/WP.66	Volumen XXV: 1995	Segunda parte, II, D, 3
A/CN.9/WG.IV/WP.67	Volumen XXV: 1995	Segunda parte, II, D, 4
A/CN.9/WG.IV/WP.69	Volumen XXVII: 1996	Segunda parte, II, B
A/CN.9/WG.IV/WP.71	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, III, A
A/CN.9/WG.IV/WP.73	Volumen XXIX: 1998	Segunda parte, II, B
A/CN.9/WG.IV/WP.74	Volumen XXIX: 1998	Segunda parte, II, C
A/CN.9/WG.IV/WP.76	Volumen XXX 1999	Segunda parte, II, B
A/CN.9/WG.IV/WP.77	Volumen XXX 1999	Segunda parte, II, C
A/CN.9/WG.IV/WP.79	Volumen XXX 1999	Segunda parte, II, E
A/CN.9/WG.IV/WP.80	Volumen XXX 1999	Segunda parte, II, F
A/CN.9/WG.IV/WP.82	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, II, B
A/CN.9/WG.IV/WP.84	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, II, B
A/CN.9/WG.IV/WP.86 y Add.1	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, II, B
A/CN.9/WG.IV/WP.88	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, II, D
A/CN.9/WG.IV/WP.89	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, II, E
A/CN.9/WG.IV/WP.90	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, II, F
A/CN.9/WG.IV/WP.91	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, II, G
A/CN.9/WG.IV/WP.93	Volumen XXXII: 2001	Segunda parte, II, H
A/CN.9/WG.IV/WP.94	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, IV, B
A/CN.9/WG.IV/WP.95	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, IV, C
A/CN.9/WG.IV/WP.96	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, IV, D
A/CN.9/WG.IV/WP.98 y Add.1 a 4	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, V, B
A/CN.9/WG.IV/WP.98 y Add. 5 a 6	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, V, D
A/CN.9/WG.IV/WP.100	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, V, E
A/CN.9/WG.IV/WP.101	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, V, F
A/CN.9/WG.IV/WP.103	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, IV, B
A/CN.9/WG.IV/WP.104 y Add.1 a 4	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, IV, C
A/CN.9/WG.IV/WP.105	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, IV, D
A/CN.9/WG.IV/WP.106	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, IV, E
A/CN.9/WG.IV/WP.108	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, IV, G
A/CN.9/WG.IV/WP.110	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, I, B

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/WG.IV/WP.111	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, I, C
A/CN.9/WG.IV/WP.112	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, I, D
A/CN.9/WG.IV/WP.113	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, I, E

e) Grupo de Trabajo V:

i) Nuevo orden económico internacional

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/WG.V/WP.4 y Add.1 a 8	Volumen XII: 1981	Segunda parte, IV, B, 1
A/CN.9/WG.V/WP.5	Volumen XII: 1981	Segunda parte, IV, B, 2
A/CN.9/WG.V/WP.7 y Add.1 a 6	Volumen XIII: 1982	Segunda parte, IV, B
A/CN.9/WG.V/WP.9 y Add.1 a 5	Volumen XIV: 1983	Segunda parte, IV, B
A/CN.9/WG.V/WP.11 y Add.1 a 9	Volumen XV: 1984	Segunda parte, III, B
A/CN.9/WG.V/WP.13 y Add.1 a 6	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, III, A, 2
A/CN.9/WG.V/WP.15 y Add.1 a 10	Volumen XVI: 1985	Segunda parte, III, B, 2
A/CN.9/WG.V/WP.17 y Add.1 a 9	Volumen XVII: 1986	Segunda parte, II, B
A/CN.9/WG.V/WP.19	Volumen XVIII: 1987	Segunda parte, II, A, 2
A/CN.9/WG.V/WP.20	Volumen XVIII: 1987	Segunda parte, II, A, 3
A/CN.9/WG.V/WP.22	Volumen XX: 1989	Segunda parte, II, B
A/CN.9/WG.V/WP.24	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, II, B
A/CN.9/WG.V/WP.25	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, II, C
A/CN.9/WG.V/WP.27	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, II, B, 1
A/CN.9/WG.V/WP.28	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, II, B, 2
A/CN.9/WG.V/WP.30	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, III, B, 1
A/CN.9/WG.V/WP.31	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, III, B, 2
A/CN.9/WG.V/WP.33	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, III, D, 2
A/CN.9/WG.V/WP.34	Volumen XXIII: 1992	Segunda parte, III, D, 3
A/CN.9/WG.V/WP.36	Volumen XXIV: 1993	Segunda parte, I, B
A/CN.9/WG.V/WP.38	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, I, B
A/CN.9/WG.V/WP.40	Volumen XXV: 1994	Segunda parte, I, D

ii) Insolvencia transfronteriza

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/WG.V/WP.42	Volumen XXVII: 1996	Segunda parte, III, B
A/CN.9/WG.V/WP.44	Volumen XXVII: 1996	Segunda parte, III, D
A/CN.9/WG.V/WP.46	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, I, B
A/CN.9/WG.V/WP.48	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, I, D
A/CN.9/WG.V/WP.50	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, V, B
A/CN.9/WG.V/WP.54 y Add.1 y 2	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, III, B
A/CN.9/WG.V/WP.55	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, III, C
A/CN.9/WG.V/WP.57	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, III, E

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/WG.V/WP.58	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, III, F
A/CN.9/WG.V/WP.59	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, III, G
A/CN.9/WG.V/WP.61 y Add.1 y 2	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, III, I
A/CN.9/WG.V/WP.63 y Add. 3 a 15	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, II, B
A/CN.9/WG.V/WP.64	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, II, C
A/CN.9/WG.V/WP.63 y Add. 1 a 2 y Add.16 y 17	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, II, E
A/CN.9/WG.V/WP.67	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, I, B
A/CN.9/WG.V/WP.68	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, I, C
A/CN.9/WG.V/WP.70 (Parte I y II)	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, I, E
A/CN.9/WG.V/WP.71	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, I, F
A/CN.9/WG.V/WP.72	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, I, G

f) Grupo de Trabajo VI: Garantías reales

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/WG.VI/WP.2 y Add.1 a 12	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, V, B
A/CN.9/WG.VI/WP.3	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, V, C
A/CN.9/WG.VI/WP.4	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, V, D
A/CN.9/WG.VI/WP.6 y Add.1 a 5	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, VI, B
A/CN.9/WG.VI/WP.9 y Add.1 a 4	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, V, B
A/CN.9/WG.VI/WP.11 y Add.1 y 2	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, V, E
A/CN.9/WG.VI/WP.13 y Add.1	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, V, D
A/CN.9/WG.VI/WP.14 y Add.1 y Add.2 a Add.4	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, V, C
A/CN.9/WG.VI/WP.16 y Add.1	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, V, E
A/CN.9/WG.VI/WP.17 y Add.1	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, V, F
A/CN.9/WG.VI/WP.18 y Add.1	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, V, G
A/CN.9/WG.VI/WP.19	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, V, H

7. Actas resumidas de los debates en la Comisión

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/SR.93-123	Volumen III: 1972	Suplemento
A/CN.9/SR.254-256	Volumen XIV: 1983	Tercera parte, I, A
A/CN.9/SR.255-261	Volumen XIV: 1983	Tercera parte, I, B, 1
A/CN.9/SR.270-278, 282 y 283	Volumen XIV: 1983	Tercera parte, I, B, 2
A/CN.9/SR.286-299 y 301	Volumen XVI: 1984	Tercera parte, I
A/CN.9/SR.305-333	Volumen XVI: 1985	Tercera parte, II
A/CN.9/SR.335-353, 355 y 356	Volumen XVII: 1986	Tercera parte, II
A/CN.9/SR.378, 379, 381-385 y 388	Volumen XVIII: 1987	Tercera parte, III
A/CN.9/SR.402-421, 424 y 425	Volumen XX: 1989	Tercera parte, II
A/CN.9/SR.439-462 y 465	Volumen XXII: 1991	Tercera parte, II
A/CN.9/SR.467-476, 481 y 482	Volumen XXII: 1992	Tercera parte, III
A/CN.9/SR.494-513	Volumen XXIV: 1993	Tercera parte, III
A/CN.9/SR.520-540	Volumen XXV: 1994	Tercera parte, III
A/CN.9/SR.547-579	Volumen XXVI: 1995	Tercera parte, III
A/CN.9/SR.583-606	Volumen XXVII: 1996	Tercera parte, III
A/CN.9/SR.607-631	Volumen XXVIII: 1997	Tercera parte, III
A/CN.9/SR.676-703	Volumen XXXI: 2000	Tercera parte, II
A/CN.9/SR.711-730	Volumen XXXII: 2001	Tercera parte, III
A/CN.9/SR.739-752	Volumen XXXIII: 2002	Tercera parte, III
A/CN.9/SR. 758-774	Volumen XXXIV: 2003	Tercera parte, II
A/CN.9/SR. 794-810	Volumen XXXVI: 2005	Tercera parte, III

8. Textos aprobados por Conferencias de Plenipotenciarios

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CONF.63/14 y Corr.1	Volumen V: 1974	Tercera parte, I, A
A/CONF.63/15	Volumen V: 1974	Tercera parte, I, B
A/CONF.63/17	Volumen X: 1979	Tercera parte, I
A/CONF.89/13, anexos I a III	Volumen IX: 1978	Tercera parte, I, A-D
A/CONF.97/18 y anexos I y II	Volumen XI: 1980	Tercera parte, I, A-C
A/CONF.152/13	Volumen XXIII: 1992	Tercera parte, I

9. Bibliografías de obras relativas a la labor realizada por la Comisión

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
(Sin signatura)	Volumen I: 1968-1970	Tercera parte
A/CN.9/L.20/Add.1	Volumen II: 1971	Segunda parte
(Sin signatura)	Volumen II: 1971	Segunda parte
(Sin signatura)	Volumen III:1972	Segunda parte
(Sin signatura)	Volumen IV: 1973	Segunda parte
A/CN.9/L.25	Volumen V: 1974	Tercera parte, II, A
(Sin signatura)	Volumen V: 1974	Tercera parte, II, B
(Sin signatura)	Volumen VI: 1975	Tercera parte, II, A
(Sin signatura)	Volumen VII: 1976	Tercera parte, A
(Sin signatura)	Volumen VIII: 1977	Tercera parte, A
(Sin signatura)	Volumen IX: 1978	Tercera parte, II
(Sin signatura)	Volumen X: 1979	Tercera parte, II
(Sin signatura)	Volumen XI: 1980	Tercera parte, IV
(Sin signatura)	Volumen XII: 1981	Tercera parte, III
(Sin signatura)	Volumen XIII: 1982	Tercera parte, IV
(Sin signatura)	Volumen XIV: 1983	Tercera parte, IV
(Sin signatura)	Volumen XV: 1984	Tercera parte, II
A/CN.9/284	Volumen XVI: 1985	Tercera parte, III
A/CN.9/295	Volumen XVII: 1986	Tercera parte, III
A/CN.9/313	Volumen XVIII: 1987	Tercera parte, III
A/CN.9/326	Volumen XIX: 1988	Tercera parte, III
A/CN.9/339	Volumen XX: 1989	Tercera parte, III
A/CN.9/354	Volumen XXI: 1990	Tercera parte, I
A/CN.9/369	Volumen XXII: 1991	Tercera parte, VI
A/CN.9/382	Volumen XXIII: 1992	Tercera parte, V
A/CN.9/402	Volumen XXIV: 1993	Tercera parte, IV
A/CN.9/417	Volumen XXV: 1994	Tercera parte, IV
A/CN.9/429	Volumen XXVI: 1995	Tercera parte, IV
A/CN.9/441 y Corr.1 (no 442)	Volumen XXVII: 1996	Tercera parte, IV
A/CN.9/452	Volumen XXVIII: 1997	Tercera parte, IV
A/CN.9/463	Volumen XXIX: 1998	Tercera parte, III
A/CN.9/481	Volumen XXX: 1999	Tercera parte, I
A/CN.9/502 y Corr.1	Volumen XXXI: 2000	Tercera parte, III
A/CN.9/517	Volumen XXXII: 2001	Tercera parte, IV
A/CN.9/538	Volumen XXXIII: 2002	Tercera parte, IV
A/CN.9/566	Volumen XXXIII: 2003	Tercera parte, III
A/CN.9/581	Volumen XXXVI: 2005	Tercera parte, IV

Publicación de las Naciones Unidas
Publicado en CD-Rom

V.10-56798–Noviembre de 2012
ISSN 0251-4273